

Bohdan T. Halajczuk
Maria Teresa del R. Moya Dominguez

Derecho Internacional Público

TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA



SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

DERECHO
INTERNACIONAL
PUBLICO

BOHDAN T. HALAJCZUK
MARIA TERESA DEL R. MOYA DOMINGUEZ

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

Tercera edición actualizada



SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA

ISBN: 950-574-125-1

IMPRESO EN LA ARGENTINA

*Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723
Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora,
Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán 927
6to. piso. Buenos Aires.*

1999

DEDICATORIAS

Dedicamos esta obra a la memoria de Irene Stepanyna de Halajczuk y a la señora María Teresa Domínguez de Moya.

Dedico la actualización de este libro a la memoria de mi padre, Don Enrique Moya, a quien debo fundamentalmente mi formación como persona, y a la de Don Adolfo Alvarez, quien fuera el primer editor de la obra y contribuyó a su realización con sus profundos consejos.

Mi reconocimiento a las enseñanzas de dos grandes maestros: Juan Carlos Puig y Bohdan Tadeo Halajczuk.

Y mirando el futuro, a mis nietos: Nahuel, Diego y María Grazia Delfico.

AGRADECIMIENTOS

A mi esposo Alberto Delfico, y mis discípulos Ingrid Oyanarte y Tomás Domínguez.

A Tamara Halajczuk de Aranguren, quien colaboró especialmente en la evolución del Derecho del Mar, Regionalismo y Relaciones Internacionales.*

* Especialista en Relaciones Internacionales. Profesora de la Universidad Nacional de la Plata. Miembro del Departamento de Historia del Instituto de Relaciones Internacionales (IRI).

Toda la vida dedicada al estudio del derecho internacional, prolongadas meditaciones acerca de la filosofía jurídica y los recientes estudios del derecho comparado, me llevaron a la conclusión que, para entender un orden jurídico cualquiera (incluso el derecho internacional), hay que estudiarlo desde tres enfoques: el analítico, el histórico-sociológico y el axiológico.

El enfoque analítico, eminentemente jurídico, es imprescindible pero no es suficiente. Ante todo, hay que completarlo —completar, pero no sustituir— por el enfoque histórico-sociológico. Segundo, es preciso suplementarlo por el enfoque axiológico, el estudio de distintos sistemas legales y los valores subyacentes, y las culturas a las cuales ellos pertenecen.

JOSEPH L. KUNZ

NOTA DEL EDITOR A LA SEGUNDA EDICION

De común acuerdo con la coautora de este libro, doctora María Teresa Moya Domínguez, dedicamos esta segunda edición actualizada de Derecho Internacional Público a la memoria del doctor Bohdan T. Halajczuk, fallecido en Buenos Aires el 31 de julio de 1974.

El profesor Halajczuk nació el 21 de julio de 1911 en Uhersko, Galitzia, Ucrania, que en aquel entonces pertenecía a Austria. Cursó el bachillerato en Stryj, Ucrania, y posteriormente obtuvo los títulos de Licenciado en Ciencias Políticas en la Universidad de Lovaina, Bélgica, en 1935; de Licenciado en Derecho, en Lviv, Ucrania, en 1944; de Doctor en Ciencias Políticas, en la Universidad de Innsbruck, Austria, en 1946, y de Doctor en Derecho, en la Universidad de Munich, Alemania, en 1948.

En una nota autobiográfica el Dr. Halajczuk reseña sucintamente cómo se produjo su iniciación en la investigación y la docencia: "Conseguí el primer título universitario cuatro años antes de la segunda guerra mundial, que pasé bajo la ocupación alemana. Durante los años bélicos no tenía ninguna posibilidad de publicar mis primeras investigaciones ni de iniciar el ejercicio de la docencia universitaria, limitándome a volcar mis puntos de vista en la sección política internacional del diario Dilo en Lviv donde residía. Al término de la guerra, me instalé en Innsbruck donde trabajé como intérprete del gobierno militar francés de ocupación para trasladarme —al cesar la misma— a París, donde permanecí tres años. Después de haberme radicado en la Argentina, en febrero de 1949, tuve primero que aprender el idioma y vincularme con los círculos universitarios. Me ganaba la vida como empleado y columnista en *Le Quotidien*, como corresponsal en periódicos ucranios publicados en Europa occidental y en EE.UU.; después como profesor...".

Con la humildad y sencillez que le eran características explica porque comenzó a publicar sus investigaciones en nuestro país, a partir de 1950. Angustiado por el drama de su patria natal —se había

naturalizado argentino— escribió su primer libro *Los estados conquistados ante el derecho internacional*, publicado en dicho año por el Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Buenos Aires, al cual se agregarían después *Una nación sometida pero no anexada*, Munich, 1953; *El estado ucranio del siglo XX*, Bs. As., 1953; *El orden internacional en un mundo desunido*, Bs. As., 1958; *Esquema de derecho internacional público*, con Daniel V. Antokoletz y María Teresa Moya Domínguez, Bs. As., 1968; *Historia de la organización política de Europa oriental*, Roma 1972, y *Derecho internacional público*, con María Teresa Moya Domínguez, Bs. As., 1972.

Publicó además numerosos artículos en las más caracterizadas revistas extranjeras, tales como *Revue de droit international*, de *sciences diplomatiques et politiques*, de Ginebra; *Justice dans le monde-World justice*, Lovaina; *Osterreichische zeitschrift für-offentliches recht*, Viena; *Jahrbuch für ostrecht*, Munich; *Revista de estudios políticos* y *Revista española de derecho internacional*, de Madrid, etc., y también en las principales revistas jurídicas argentinas.

Se desempeñó, asimismo, como profesor de Derecho Internacional, primero en la Universidad Católica Argentina y luego en la de Belgrano, en la cual dirigió también el Instituto de Derecho público creado en 1971; simultáneamente fue asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores desde 1970 hasta julio de 1973. Fundó y dirigió el Instituto del Derecho del Mar en la Universidad de Mar del Plata. Fue miembro de la International Law Association y de la American Society of International Law y la Asociación Argentina de Derecho Internacional lo contó como miembro fundador.

Todas sus investigaciones tuvieron por objeto el derecho internacional, desarrollando teorías personales en varios temas, como por ejemplo: sobre la subjetividad internacional o la existencia de un estado intermedio entre la guerra y la paz. Incluso investigó otras disciplinas afines para dar sustentación más omnicompreensiva y real a sus teorías.

Todo esto y mucho más es lo que puede decirse del Dr. Halajczuk, pero el sentido de este prólogo es, fundamentalmente, expresar nuestro compromiso —que comenzamos a cumplir con esta edición— de proseguir con la obra que él inició. Se trata de dar cumplimiento a un mandato, a una petición que dejó formulada expresamente:

“Como el Derecho internacional público atraviesa una crisis de duración incalculable, su elaboración, desde mi perspectiva metodológica supera el alcance de una vida humana. Mi ambición es que después de mi muerte, mi obra sea continuada por mis discípulos. Por lo tanto

he reunido en mi cátedra a un grupo de mis ex alumnos de la Universidad Católica Argentina (Doctores Antokoletz y Moya Domínguez) y de la de Belgrano (Doctores Daujotas y Cucchiararo). Menciono a estos colaboradores en el proemio al *Derecho internacional público*. Comparto la autoría de esta obra con una joven colaboradora, la Dra. Moya Domínguez, para que ella actualice las ediciones ulteriores, después de mi fallecimiento...”.

EDIAR S.A.

Buenos Aires, abril de 1978.

PROLOGO A LA TERCERA EDICION

Desde la primera edición de este libro han pasado 27 años, más de una cuarta parte de este convulsionado y dinámico siglo XX. En 1972, el mapa político internacional presentaba un mundo bajo el sistema bipolar que en su 70% adhería a las ideas socialistas. Pero también se vivía en plenitud el impacto de la descolonización y del surgimiento de nuevas naciones en Asia y Africa. En Europa todavía se sentían las secuelas políticas e intelectuales del mayo francés (1968), y en la lejana China la revolución cultural perseguía a los funcionarios con inclinaciones burguesas extremando la vigilancia por el cumplimiento de los principios de la revolución maoísta.

En EE.UU. Nixon terminó con la garantía de 1 onza de oro por 35 dls. a consecuencia de la guerra de los petrodólares desatada por los países productores de petróleo en réplica al triunfo israelí en la Guerra de los Seis Días. Mientras tanto, Vietnam protagonizaba una de las más encarnizadas guerras civiles de carácter internacional enfrentándose el Norte contra el Sur y contra EE.UU. América Latina sufría las acciones terroristas y a los gobiernos militares. China popular desplazaba a China nacionalista del Consejo de Seguridad de la ONU, a consecuencia de la "real politic" impuesta por el Secretario de Estado Kissinger, a las relaciones internacionales de EE.UU.

No obstante, se perseveraba en la construcción de un mundo mejor. La Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente, de Estocolmo (1972), marcó el reconocimiento del derecho ambiental como límite para el empleo de industrias sucias. Esa industria, también llamada "de las chimeneas", había caracterizado el desarrollo industrial posterior al New Deal. La Conferencia de Estocolmo también impuso la obligación de preservar la fauna y la flora en extinción.

La conquista del espacio y la posible utilización de la energía nuclear en la tecnología de guerra también marcó a la época.

En 1978, con la segunda edición de este libro, se habían operado

algunos cambios. El fin de la guerra de Vietnam puso en evidencia que hasta el país más poderoso de Occidente podía ser obligado a retirarse por un país pobre y aparentemente débil. No obstante, en otras partes del mundo, y particularmente en América Latina, se ampliaba la doctrina de la seguridad nacional. La violación de los derechos humanos tuvo su momento más negro en nuestros países. Pero, en los organismos internacionales los postulados del Nuevo Orden Económico Internacional aparentaban estar en su mejor nivel.

A un año de comenzar el tercer milenio, el panorama internacional es muy distinto. Se derrumbó el sistema bipolar sin necesidad de una conflagración mundial. Las causas del fenómeno fueron fundamentalmente de orden económico y también fue secuela de la globalización. Como señalara Juan Carlos Puig, en su libro *Malvinas y Régimen Internacional*, el régimen económico implantado a nivel mundial tarde o temprano debía alcanzar también a la URSS. El impacto de ese choque de intereses traería aparejado un cambio radical, la liberalización y la apertura económica en la cuna del comunismo, y la caída del sistema bipolar. Otras causas fueron las reformas aplicadas al Estado soviético por Gorbachov. Su sucesor Yeltsin sepultó el modelo que había imperado durante 70 años en ese país.

La desarticulación de la URSS trajo aparejada la de los demás Estados de su órbita, particularmente los de Europa del Este que emprendieron grandes transformaciones. Mientras tanto, en el resto del mundo se producía un acelerado agrupamiento regional de países, para formar megaespacios geográficos integrados, como la Unión Europea y en menor grado el Mercosur o extensas Zonas de Libre Comercio, como el Nafta, el Apep, el Asean, y otros.

América Latina se sacudió de la noche negra de los gobiernos militares y volvió a la democracia. Los movimientos guerrilleros optaron, en la mayoría de los países, por la participación política adaptándose a las exigencias del sistema. De esa forma, lentamente, la paz llegó a la convulsionada Centroamérica.

En 1982 Argentina se embarcó en la guerra de las Malvinas y perdió. Analizamos esa guerra y nuestros derechos en varias secciones.

Argentina y Brasil, ya democratizados, obedecieron a la tendencia natural de los gobiernos civiles de ambos países, que es la de hacer predominar el entendimiento sobre el conflicto, como se demostró durante los gobiernos de Perón, Frondizi, Alfonsín y Menem. Así se inició el Mercosur, con la participación de Paraguay y Uruguay. Ese proceso de integración, como la apertura económica, y la reforma del

Estado, modificaron el Estado Argentino, facilitando su inserción en el mundo.

Frente a la propuesta norteamericana de creación del ALCA, como zona de libre comercio de carácter continental, la postura de los *miembros del Mercosur*, es la de *priorizar la subregión como alianza estratégica*. El mismo criterio se aplica con los demás bloques económicos. No obstante corresponde aclarar que se ha alcanzado un estado en la relación intrazonal en el que hay que superar los problemas que presentan los sectores críticos como el automotriz, el del azúcar, tabaco, los cueros, los cerdos, los productos farmacéuticos, la informática. La presión de los intereses particulares y sectoriales internos de cada país obstaculiza la profundización de la integración, motivo por el que no se perfecciona el modelo institucional del Mercosur, que carece de un Tribunal supranacional y de un Parlamento común.

Por su parte, el continente africano vive en algunos países (Ruanda, Somalia, Congo, Eritrea, y otros), el crudo salvajismo de las guerras tribales y de la falta de cohesión nacional. Simultáneamente, Sudáfrica logró terminar con el apartheid, alcanzando por primera vez el gobierno nacional un dirigente negro: Nelson Mandela.

La ONU cumplió sus cincuenta años de existencia logrando superar la semiparalización del Consejo de Seguridad, impuesta por la rígida diferencia y confrontación ideológica imperante durante el sistema bipolar. Desde ese derrumbe, operado en 1991, la organización discute sus posibles reformas y la democratización del procedimiento de la toma de sus decisiones.

En ese contexto, propio de las relaciones internacionales, en donde se advierten los cambios operados en la realidad mundial, el derecho internacional también se ha transformado, adecuándose a los nuevos tiempos.

Para posibilitar la actualización del libro que escribiéramos con el Dr. Halajczuk al comienzo de los años setenta tuve que partir de revisar el enfoque histórico e ideológico de un texto propio del sistema bipolar. No obstante, valió la pena el esfuerzo, como verificación de la validez del método trialista, ya que resulta innegable la vinculación entre la realidad, los valores y las normas.

El impacto de la caída del sistema bipolar afectó la evolución del derecho internacional en su calidad de herramienta de las relaciones internacionales y como soporte jurídico de un orden dado en la comunidad internacional.

No obstante la transición comprende un largo antes y después, que

abarca justamente los veinte años que han transcurrido desde 1978 a la fecha.

Las instituciones básicas del d.i. no han cambiado en esencia. Esta disciplina sigue siendo fundamentalmente un derecho de carácter interestatal. Es decir que el Estado sigue siendo el protagonista indubitado de este orden normativo. Pero se admiten nuevos sujetos. Se consolidó la subjetividad internacional del individuo, del pueblo y de la humanidad. Los movimientos de liberación nacional propios de la descolonización fueron sustituidos por movimientos nacionalistas de secesión que produjeron el fraccionamiento de Estados con diversidad étnica. En materia de fuentes la interrelación entre la costumbre y los tratados por obra de la codificación y el desarrollo progresivo adquirió mayor velocidad e interdependencia. La condición de superpotencia exclusiva de los Estados Unidos ha permitido que algunas de sus leyes federales generen efectos de carácter internacional (ley Helms-Burton). Lo mismo ha ocurrido con su jurisdicción, la que por decisión unilateral norteamericana puede extenderse, en los casos previsto por su ley interna (derechos humanos-leyes contra el tráfico de drogas y el terrorismo) a cualquier lugar del planeta donde se afecten los intereses norteamericanos.

La Tercera Conferencia del Mar, consagró nuevos contenidos para el Derecho del Mar. El debate se prolongó desde 1971 a 1982.

Después de medio siglo se logró terminar la codificación de la responsabilidad internacional de los Estados por daños cometidos a otros Estados. Mientras tanto se ha formado una conciencia universal referente a la necesidad y el carácter obligatorio de la protección del medio ambiente generando una nueva codificación de la responsabilidad internacional en este ámbito, permitiendo asimismo la generación del derecho ambiental internacional como una disciplina autónoma. La evolución del pensamiento jurídico en ese medio siglo también permitió la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional.

La ONU superó los problemas de funcionamiento que le había ocasionado la vigencia del sistema bipolar. Sin embargo, pese a que el liderazgo norteamericano es indiscutido la relación entre esta superpotencia y la Organización Internacional dista de ser óptima. EE.UU. es el principal deudor de la ONU y en materia de ejercicio unilateral de la fuerza ha asumido un rol de gendarme del mundo sin requerir el consentimiento previo de la Organización.

En este estado de cosas la Argentina en quince años de gobierno democrático ha reconvertido sus relaciones internacionales iniciando el Mercosur e insertándose en el mundo mediante una política interna-

cional activa. De esta manera se le dio aprobación legislativa y ratificación por el Poder Ejecutivo a una serie de Tratados indispensables para demostrar la adhesión de la República al d.i. contemporáneo. Aclaro que en el inicio de cada Sección del libro se resumen los temas que han evolucionado en los últimos 20 años, correspondientes a dicha Sección.

Reflexión final: La globalización afecta no solo la vida de las naciones sino la de las instituciones. El derecho no puede quedar ajeno a este fenómeno. Pero su carácter necesariamente conservador lleva a que las transformaciones jurídicas no tengan la misma velocidad que la de los hechos.

Como profesora de derecho internacional público, opino que esta disciplina es de aplicación cada vez más generalizada, por lo que debería dársele más importancia en las currículas de las carreras de grado, principalmente, en abogacía. El esfuerzo de síntesis para explicar las nociones básicas de esta materia obran en perjuicio de la formación del estudiantado que cuando alcance la capacitación profesional se encontrarán con un mundo cada vez más globalizado y con mayores exigencias de aptitud profesional.

Como persona formada en el pensamiento jurídico creo que esta disciplina nos brinda la oportunidad de meditar sobre las normas que van a regular los cambios de la sociedad. Además nos brinda la posibilidad de fortalecer por medio del derecho los valores supremos de la sociedad, aquellos que dignifican al género humano y no lo limitan a que se lo conceptúe como una variable en la ecuación económica.

Buenos Aires, diciembre de 1998.

ABREVIATURAS

ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
AG: Asamblea General.
ALADI: Asociación Latinoamericana de Integración.
ALAF: Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles.
ALALC: Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.
ASEAN: Asociación Económica de los Países de la Cuenca del Pacífico.
BID: Banco Interamericano de Desarrollo.
CADH: Convención Americana de Derechos Humanos.
CAF: Consejo de Administración Fiduciaria.
CDI: Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.
CECA: Comunidad Económica de Carbón y del Acero.
CEE: Comunidad Económica Europea.
CEEA: Comunidad Europea de la Energía Atómica.
CEI: Comunidad de Defensa Europea.
CEPAL: Comisión Económica para América Latina.
CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.
CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIJ: Corte Internacional de Justicia.
COMECOM: Consejo de Asistencia Económica Mutua de la Europa Oriental.
CPJI: Corte Permanente de Justicia Internacional.
CS: Consejo de Seguridad.
DAH: Departamento de Asuntos Humanitarios.
d.i.: Derecho Internacional.
DH: Derechos Humanos.
DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DIP: Derecho Internacional Público.
ECOSOC: Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
EFTA: Asociación Europea de Libre Comercio.
EE.UU.: Estados Unidos.
EURATOM: Comunidad Europea de Energía Atómica.
FAO: Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.
FENU: Fuerza de Emergencia de Naciones Unidas.
FMI: Fondo Monetario Internacional.
IHLADI: Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional.
ITU: Unión Internacional de Telecomunicaciones.
MC: Mercado Común Europeo.
MCCA: Mercado Común Centro Americano.

- MERCOSUR:** Mercado Común del Sur.
METO: Organización del Tratado del Medio Oriente.
NAFTA: Tratado de Libre Comercio.
NATO: Organización del Tratado del Atlántico Sur.
NICS: Tigres Asiáticos.
NOEI: Nuevo Orden Económico Internacional.
NU: Naciones Unidas.
OACI: Organización de Aviación Civil Internacional.
ODECA: Organización de Estados Centro Americanos.
OEA: Organización de Estados Americanos.
OIEA: Organización Internacional de Energía Atómica.
OIT: Organización Internacional del Trabajo.
OLADE: Organización Latino-Americana de Energía.
OMC: Organización Mundial del Comercio.
OMI: Organización Marítima Internacional.
OMM: Organización Meteorológica Mundial.
OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
OMS: Organización Mundial de la Salud.
ONG: Organización No Gubernamental.
ONU: Organización de las Naciones Unidas.
ONUDI: Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial.
OPANAL: Organización para la Proscripción de las Armas Nucleares en América Latina.
OPEP: Organización de Países Productores de Petróleo.
OTAN: Organización del Tratado del Atlántico Sur.
OUA: Organización de la Unidad Africana.
PE: Parlamento Europeo.
PMA: Programa Mundial de Alimentos.
PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
PNUMA: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
SDN: Sociedad de las Naciones.
SEATO: Organización del Tratado del Sudeste Asiático.
SELA: Sistema Económico Latino-Americano.
SG: Secretario General.
TIJ: Tribunal Internacional de Justicia.
TPA: Tribunal Permanente de Arbitraje.
TPJI: Tribunal Permanente de Justicia Internacional.
UA: Unión Aduanera.
UE: Unión Europea.
UIT: Unión Internacional de Telecomunicaciones.
UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo.
UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
UNICEF: Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
UPU: Unión Postal Universal.
URSS: Unión Soviética.
ZLC: Zona de Libre Comercio.

CAPÍTULO I
MARCO DOCTRINAL

SECCIÓN I: Introducción metodológica

SECCIÓN II: Derecho nacional e internacional

SECCIÓN III: Fuentes

SECCIÓN IV: Tratados y actos unilaterales

SECCIÓN I

INTRODUCCION METODOLOGICA

1. Elementos de una metodología jurídica general.
2. Particularidades del derecho internacional: A. *Análisis de las particularidades*; B. *Primitivismo y otras particularidades*.
3. Problema metodológico de la ciencia del derecho internacional: A. *Negación del Derecho Internacional*; B. *Definición del derecho internacional*; C. *Defensa de la doctrina trialista*; D. *Del pensamiento de Korovin a la Perestroika*.

Esta primera sección trata sobre la elección del método adecuado para la investigación y la exposición de esta disciplina en un libro destinado a los alumnos que estudian derecho internacional (d.i.). Desde la última edición de este manual, en 1978, se han realizado diversas reuniones y encuentros nacionales e internacionales de profesores de d.i. destinadas a debatir sobre el método de enseñanza de esta disciplina. En nuestro país, la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), creó una Sección específica sobre el tema "Documentación, Metodología y Enseñanza", que brinda la oportunidad de un ámbito de debate y reflexión para los cultores del d.i.*

Frente al profundo cambio de las circunstancias que se ha producido en el mundo en los últimos 20 años, la actualización de este libro ha exigido el esfuerzo de repensar el d.i. En esa tarea, nuevamente, y con más convicción hemos vuelto a utilizar el "método trialista" como el más adecuado para entender la evolución sufrida por el d.i. en las postrimerías del siglo XX.

1. Elementos de una metodología jurídica general

El derecho, por ser una disciplina antigua, posee métodos cientí-

* La AADI se fundó en 1968, está próxima a cumplir 30 años de existencia. Se trata de una asociación creada por profesores, especialistas e investigadores de d.i., que se reúnen en Congresos Ordinarios que se celebran cada dos años y en las reuniones extraordinarias que sean necesarias para tratar temas específicos.

ficos bien desarrollados, lo que no ocurre con otras ciencias sociales como la sociología o la política. Además, la interpretación de las normas legales realizada por la jurisprudencia reafirma la labor teórica con el aporte del método empírico que se desarrolla en la aplicación del derecho.

Sin embargo, como consecuencia de las crisis sufridas por el caos de la última guerra, surgieron inquietudes por la revisión de la epistemología y la metodología jurídica. Esta necesidad se sintió muy especialmente en el campo del derecho internacional, por ser el orden jurídico que regula las relaciones entre los estados, y que sin embargo es un *derecho primitivo*, carente de codificación general y de una jurisprudencia coherente. Por esta razón, consideramos que el derecho internacional (d.i.)¹ debe ser tratado con un mayor esmero metodológico que otras disciplinas jurídicas.

Los métodos científicos responden grosso modo a los grandes grupos: el lógico-matemático y el causal-teleológico. El primero se usa particularmente en las ciencias exactas y, el segundo, en las sociales. Sin embargo, en cuanto al derecho, existen tendencias para la aplicación exclusiva del método lógico-matemático, inspirado sobre todo en la teoría pura del derecho, pero, a nuestro entender, carece de fundamento la eliminación del aspecto finalista en la consideración de lo jurídico.

La opción entre los dos enfoques fundamentales se presenta en las definiciones. Según observa Pierre Vellas, en matemáticas las definiciones se formulan a priori, mientras que en las ciencias sociales, y sobre todo en el derecho internacional, la definición de un concepto se logra como resultado de una sistemática investigación de los hechos. Esto explica las notorias discrepancias entre los autores de nuestra materia, cuando se trata de dar la definición de un concepto.

La metodología jurídica necesita apoyarse en la doble sustentación que le brindan: por un lado, tres disciplinas jurídicas, y, por otro, las tres dimensiones del conocer jurídico.

Estas tres dimensiones del derecho, corresponden a su vez a los tres elementos del mundo jurídico, que son: la norma, el valor y la realidad. Teniendo en cuenta estos elementos, las dimensiones son por lo tanto: la analítica, la axiológica y la sociológica.

¹ Para abreviar texto de ahora en más al derecho internacional lo escribiremos en forma sintética como d.i.

Tanto los elementos como las dimensiones son a su vez estudiados por las tres disciplinas jurídicas, que son: la ciencia del derecho, la crítica del derecho y la política del derecho.

La relación existente entre los tres conceptos enunciados es la siguiente: como la norma jurídica protege ciertos valores en ciertas condiciones, es necesario ajustarla a esos valores y a esas condiciones, o sea a la realidad. Por lo tanto la ciencia jurídica no debe limitarse a la dimensión analítica: *la norma*, sino que es preciso que se extienda también a la axiología: *los valores* y a la sociología: *la realidad*. Este doble ajuste es necesario en todas las ramas del derecho.

En la dimensión axiológica, es preciso enumerar primero los valores, cuya protección reclaman distintos sectores de la sociedad que muchas veces son antagónicos o por lo menos difícilmente compatibles. Por ejemplo en el derecho constitucional, la observancia ilimitada de los derechos políticos con la necesidad de protección del orden en el cual se ejercen medidas contra los que abusan de las libertades democráticas para destruirlos o en el derecho penal, la protección de la sociedad contra el delincuente y del delincuente contra el error judicial.

Además de escoger el valor protegido, la norma determina los medios para su protección y estos medios necesitan adaptarse a la realidad, a las condiciones que varían en el tiempo y sobre todo en el espacio.

En el proceso de formación de un derecho nacional, la recepción de legislación extranjera se considera como modelo, pero a veces fracasa, por no adaptarse a la idiosincrasia nacional o a otros aspectos de la realidad. En este caso no es suficiente la identidad de los valores; la legislación se estrella ante la variedad de las condiciones.

La visión tridimensional del derecho es imprescindible para entender el orden jurídico internacional y, especialmente, su crítica situación actual. Abordaremos este aspecto más detenidamente en la parte final de la presente obra; sin embargo es necesario un breve anticipo.

El d.i. es de origen europeo; recién desde la Primera Guerra Mundial se observa una sustancial aportación norteamericana y, después de la segunda, algunos intentos revisionistas por parte de otros países. Esta procedencia europea tiene una honda repercusión en las dimensiones: la axiológica y la sociológica

El d.i. nació bajo la influencia de la teología católica y se desarrolló influenciado en cierta medida por la teología protestante. Esta original

orientación cristiana se eclipsó parcialmente ante el impacto liberal que le dio el rumbo definitivo al d.i. en el siglo XIX.

Por otra parte, desde la época de los descubrimientos geográficos, las potencias marítimas europeas se proyectaron política y económicamente hacia otros continentes. Esta expansión empezó por la esfera comercial y se extendió a la financiera, la industrial y la política. Desde la revolución industrial, Europa Occidental —a la cual se agregaron después EE.UU. y Japón— logró un elevado nivel económico y social que se contrapuso cada vez más al nivel de América latina, Asia y África. Como a Europa le tocaba un papel preponderante en el desarrollo del d.i. lo encaminó de acuerdo a sus intereses específicos.

En 1917 Rusia rechazó decididamente los valores europeos y posteriormente los estados asiáticos y africanos, surgidos a consecuencia de la descolonización, sólo los compartieron parcialmente. Estos países pidieron la revisión de las normas del d.i. que responden únicamente a los intereses de las ex potencias coloniales.

A partir de la década del sesenta la crisis del d.i. fue consecuencia de este enfrentamiento en la esfera axiológica y sobre todo en la sociológica, por la oposición de valores e intereses que se contrapusieron en toda una serie de controversias sobre la anchura del mar territorial; sobre el alcance de la responsabilidad internacional; sobre el control de las inversiones extranjeras por parte del estado local y del exportador de los capitales; sobre el derecho a nacionalizar estas inversiones, etcétera. A partir del desmoronamiento del régimen soviético y de la desaparición del sistema bipolar el d.i. sufre una nueva crisis de adecuación a la cambiante realidad internacional.

No se presta a una exposición dogmática un orden jurídico que se encuentra en crisis y transformación; por lo tanto expondremos las *normas* internacionales en función de los *valores*, contradictorios en gran medida, y de las condiciones de la *realidad*, dentro del esquema tridimensional.

La *ciencia del derecho* tiene por objeto el conocimiento del derecho positivo (*lex lata*). Es la única disciplina jurídica que admiten todas las corrientes iusfilosóficas.

El objeto material de la *crítica del derecho* es también el derecho positivo pero su objeto formal es la valoración de éste. La mayoría de los teóricos no admiten la autonomía de esta disciplina, consideran que es tan sólo el primer paso de la política del derecho, pero esto no es cierto. Aceptando este punto de vista, se llegaría a la conclusión de que si no estamos en condiciones de presentar un mejor proyecto legislativo,

no estamos autorizados a criticar una ley; lo que nos llevaría a caer en el más crudo positivismo. Por lo tanto consideramos que la crítica del derecho necesita una autonomía epistemológica.

El objeto material de la *política del derecho* es la *lex ferenda*, disciplina que versa sobre como debe ser el derecho. Si bien la política del derecho está muy relacionada con la crítica ya que esta última es la que proporciona la valoración de la norma existente, revelando sus defectos, el objeto material y formal de ambas es distinto.

En la doctrina prevalece la distinción de las etapas en la formación del derecho positivo: el conocimiento de la *lex lata* y la política del derecho que elabora los proyectos de *lege ferenda*.

En la ciencia del derecho positivo se logra un auténtico conocimiento jurídico sólo a través de las tres dimensiones. También la crítica y la política del derecho deben, según nuestro parecer, ser enfocadas desde estas dimensiones, cada una de las cuales plantea un criterio distinto: la analítica, de conformidad con las condiciones técnico-jurídicas de la creación de las normas; la axiológica, de conformidad con el derecho natural y la moral; y la sociológica es decir la adecuación a las realidades y posibilidades.

Esta doble distinción se visualiza en un esquema único que se representa en el siguiente cuadro:

DISCIPLINAS	DIMENSIONES		
	Analítica	Axiológica	Sociológica
Ciencia	Estudio de la norma y su técnica	Estudio de los valores suprapositivos que inspiran la norma.	Estudio de los efectos que produce la norma en su aplicación.
Crítica	La técnica jurídica. ¿es buena o mala?	La norma, ¿es justa o injusta?	Sus resultados, ¿son positivos o negativos?
Política	¿Qué técnica debe tener la norma jurídica?	¿Qué valores debe defender o implantar la norma?	¿Con qué dificultades tropezará la futura norma y cómo las resolverá?

2. Particularidades del derecho internacional

El d.i. tiene una serie de rasgos particulares, que pueden clasificarse desde un doble punto de vista: los institucionales, que corresponden a sus fuentes, normas, sujetos y órganos, y los que son propios de su carácter de derecho primitivo.

A. Análisis de las particularidades

a) *Fuentes.* La más perfecta fuente del derecho es la ley. Por un lado puede aceptarse y modificarse con máxima rapidez y, por otro, para su aceptación o modificación basta la mayoría, sea simple o calificada, de los representantes del pueblo. Por lo tanto, la disconformidad de la minoría no impide la creación ni la revisión de las normas de vigencia general. Esto no ocurre en el d.i. porque no existe un órgano legislativo mundial, sólo existe una especie de legislación internacional en algunos organismos especializados, pero se cuestiona si sus decisiones son o no fuentes del d.i. La notoria imperfección del d. i. se debe en gran medida a la imperfección técnica de sus fuentes o sea de la costumbre internacional y de los tratados o convenios.

El derecho *consuetudinario* no necesita, en principio, un consentimiento general. Desde este punto de vista se asemeja en cierto grado a la ley. Se le adjudica una ventaja que no tiene el derecho escrito: la adaptación espontánea a la cambiante realidad social. Desgraciadamente esta flexibilidad no es suficiente como para que el derecho consuetudinario, especialmente el internacional, se adapte a los vertiginosos cambios propios de nuestra época y a la aceleración progresiva del ritmo de la historia. Por lo tanto resulta necesario recurrir cada vez más a los tratados.

Sin embargo, el derecho convencional tiene una gran desventaja: se necesita unanimidad para la aceptación o modificación de sus normas.² No es fácil lograr el consentimiento universal en un mundo que no está jurídica ni políticamente organizado a semejanza de una comunidad estatal.

b) *Normas.* Las normas, del d.i. se destacan por su simplismo,

² J.L. Brierly, 1949 ps. 72-77; Joseph Kunz, 1952, p. 363; Paul Reuter, 1962, ps. 19-20; Kaplan y Katzenbach, 1961, ps. 231-265.

contornos borrosos, existencia de derechos particulares, carácter incompleto y falta de un derecho imperativo, como afirman algunos autores.

Simplismo. Las normas consuetudinarias nunca llegan a un desarrollo tan perfecto como las escritas. En un ordenamiento interno basado en el derecho consuetudinario como el anglosajón, las normas logran clarificación e interpretación por medio de la jurisprudencia. Pero las normas internacionales no pueden desarrollarse de este modo y por lo tanto, se formulan en forma rudimentaria e incompleta.³

Contornos borrosos. Son inevitables consecuencias de lo que acabamos de señalar. Numerosas normas, particularmente las consuetudinarias, presentan dudas en lo temporal, lo espacial y lo sustancial. No se sabe, a ciencia cierta, si ya entraron en vigencia o si la perdieron, cuál es el exacto ámbito territorial de esta vigencia, cual es su exacto contenido.⁴

Existencia de derechos particulares. Se llama derecho particular a las normas que surgen entre distintos grupos de sujetos, o sea los estados, lo que es muy común en el d. i. A diferencia de los ordenamientos internos, regulados mediante leyes y normas de aplicación general, el d. i. está integrado en gran parte por tratados firmados tan sólo por reducidos grupos de estados y, por consiguiente, vigentes únicamente para ellos, y por normas consuetudinarias regionales o bilaterales. De tal modo al lado del d.i. común universal, existe un sinnúmero de derechos particulares.⁵

Carácter incompleto. Aunque no todos los internacionalistas lo admiten el d.i. es incompleto: tiene numerosas lagunas. Los árbitros y la Corte Internacional de Justicia declinan la solución de numerosos litigios como “no judiciales”, por falta de las correspondientes normas del d.i. positivo. Aquí hay una fundamental diferencia con el juez del orden interno, que tiene la obligación de solucionar todo conflicto que se le presente y, por lo tanto, la competencia para hacerlo, incluso si faltan normas expresas aplicables. Por otro lado numerosas normas del d. i. no son sustanciales sino de competencia; no solucionan problemas sino señalan a los estados competentes para la solución.⁶

³ Alf Ross, 1951, p. 57; Joseph Kunz, 1952, p. 364.

⁴ J.L.Brierly, 1949, p. 71; O.E. Corbett, 1954, ps. 471-472.

⁵ Alfredo Verdross, 1963, p. 81.

⁶ Niega la existencia de las lagunas la escuela de Viena: Hans Kelsen, 1952, ps. 260-262 y 327-329; Joseph Kunz, 1952, ps. 376-377; Alfred Verdross, 1963, p. 77.

Carácter meramente dispositivo. Afirman algunos autores que las normas del d. i. son dispositivas porque cada una puede derogarse por un convenio.⁷ Niega esta opinión doctrinal la Convención sobre el Derecho de Tratados, firmada en 1969, cuyo artículo 53 quita validez a toda norma convencional incompatible con alguna norma coactiva-taxativa del d. i. positivo (Nº 14 A).

c) *Sujetos.* Los sujetos se caracterizan por su escasez y variedad, lo que tiene distintas consecuencias en el d.i., tales como la mediatización del hombre y la responsabilidad colectiva.

En cuanto a la escasez de sujetos, debe tenerse en cuenta que el derecho interno se ha podido desarrollar bien gracias a la existencia de un gran número de sujetos, los súbditos, de una misma naturaleza. No ocurre lo mismo en el d.i. Actualmente en 1998 existen 186 estados. El número de los sujetos del derecho interno es tan grande que los problemas que surgen entre ellos, se reducen en magnitud e importancia desde la perspectiva del Estado. En la sociedad internacional, la tragedia de un miembro afecta a la totalidad, es decir que los problemas vitales de una nación repercuten en toda la humanidad y más aún si desencadenan conflictos bélicos.⁸

La variedad de sujetos se advierte por las notables diferencias de conformación geofísica, ubicación geopolítica, extensión territorial, densidad de población, recursos naturales, etc., que existen entre los distintos países del mundo. Haciendo un paralelo con el hombre-sujeto del ordenamiento interno cabe señalar que las diferencias físicas que se dan entre los seres humanos no tienen repercusión práctica en el orden jurídico, porque están sometidos a las mismas normas del Estado. Es distinto el caso a nivel internacional⁹ en donde resulta difícil encontrar normas generales aplicables a todos los estados.¹⁰ Salvo las

⁷ Paul Guggenheim, 1953 4, t. 1, p. 56; Alfred Verdross, 1963, p. 81; Georg Schwarzenberger 1957, ps. 352, 427; Miaja de la Muela, 1960 (ius cogens), ps. 1121-1133.

⁸ Werner Goldschmidt, 1955, ps. 87-108; Antonio Truyol y Serra, 1959 p. 571; Alf Ross, 1951, p. 58; Hold von Ferneck, 1930, t. 1, p. 81; Joseph Kunz, 1952, ps. 67-268; J. L. Brierly, 1949, ps. 72-73; Alfred Verdross, 1963, p. 80; Bilfinger, 1938, ps. 141-142; Charles de Vischer, 1954, ps. 483 - 484; Stanley Hoffmann, 1961, p. 206.

⁹ J. L. Brierly, 1944, p. 171; Antonio Truyol, 1959, p. 101; Paul Reuter, 1962, p. 101; Lissitzyn. 1965, p. 107.

¹⁰ De allí la escasez de las normas de validez universal que señalan numerosos internacionalistas como Ulrich Scheuner. 1951, ps. 558, 611; Max Huber, 1928;

normas que se consagran en los procesos de codificación que resultan generalmente aceptadas.

Mediatización del hombre. El sujeto pleno del d.i. es el Estado y no el hombre, de modo que el estado se interpone entre el d.i. y el individuo. Este es un fenómeno sin analogías en el derecho interno, incluso en los estados federales, donde la provincia no se interpone entre la nación y el ciudadano; éste tiene un vínculo directo con la nación, de carácter jurídico y, lo que es aún más importante, emocional. Una provincia no puede secesionarse del estado, porque los ciudadanos de la provincia son y se sienten ante todo, ciudadanos de la nación, y ésta va a encontrar en ellos un apoyo que haría fracasar el intento secesionista. Otra cosa ocurre en la comunidad internacional: ésta no puede contar con nuestra lealtad ya que cada uno de nosotros está enclaustrado en una nación, jurídica y psicológicamente. La nación es para el hombre un valor mayor que la humanidad, salvo escasos "ciudadanos del mundo". A la mediatización jurídica corresponde también la psicológica.¹¹ Al menos en el momento actual de la historia, y pese al fenómeno acelerado de la globalización que difunde por doquier la tendencia a lo internacional, avasallando los dogmas nacionalistas y conmoviendo el concepto de soberanía.

Responsabilidad colectiva. Decir que el Estado tiene un deber internacional significa, ante todo, que los órganos estatales están sujetos a un determinado comportamiento. Pero no son estos órganos estatales los que sufren las consecuencias jurídicas por una infracción al d.i. Dichas consecuencias: represalias, guerra, sanciones de la ONU, se dirigen contra la totalidad de los ciudadanos del estado en cuestión, por lo que todos tendrán que sufrir y pagar directa o indirectamente por los órganos culpables. Rige, pues, en d.i. el principio de la responsabilidad colectiva; por el que el sujeto responsable no es el estado como organización sino el pueblo organizado en estado.¹²

d) Organos. Los órganos del d.i. son descentralizados y no especializados; de allí se derivan una serie de consecuencias: el individua-

Dietrich Schindler, 1933; Charles de Visscher, 1955, ps. 10-11, 91-92, 436-437; Quincy Wright, 1955, p. 403; J. M. Yepes, 1945, p. 255; Antonio de Luna, 1952, p. 217.

¹¹ Giorgio dell Vecchio y Luis Recases Siches, 1946, t. 1, p. 434; Alfred Verdross 1963, nº 78, p. 70

¹² Georges Scelle, 1943, p. 23; Paul Guggenheim, 1953-4, t. 1, p. 3; Gustav A. Walz, p. 425 ; Joseph Kunz, 1952, p. 363 ; Alfred Verdross, 1963, ps. 75-76.

lismo del d.i., la relatividad de las situaciones jurídicas, la institución del reconocimiento, la superposición de órganos y sujetos, de juez y parte, la coactividad imperfecta, la trascendencia del principio de efectividad.

A diferencia de los ordenamientos jurídicos internos, el orden internacional carece de órganos ejecutivo, legislativo y judicial centralizados. Las normas generales sólo pueden surgir del consentimiento de los estados. Al d.i. común le falta un órgano coercitivo central y esto es lo que autoriza a los Estados a hacer valer sus derechos por medio de la autotutela. La Carta de la ONU introduce una innovación al respecto ya que concede al Consejo de Seguridad un poder coercitivo; sin embargo el Consejo recién ha podido ejercer efectivamente estas facultades después de la caída del sistema bipolar.

Los autores contemporáneos comparten la *teoría del "desdoblamiento funcional"*, de George Scelle, según la cual los órganos del d.i. son los propios estados. El estado tiene una doble función: por un lado es sujeto del d.i. y, por otro, es su órgano. He aquí una diferencia fundamental con el derecho interno, donde existen órganos especializados. Por ejemplo, el juez cuando dicta la sentencia lo hace como órgano de derecho, mientras que cuando compra una cosa actúa como sujeto de derecho. Es muy distinto en el d.i. donde el Estado actúa en la protección de su derecho lesionado, al mismo tiempo como sujeto y como órgano.¹³

Individualismo. El d.i. es sumamente individualista, lo que en gran medida es consecuencia de la ausencia de órganos comunes, que serían auténticos órganos de la comunidad y al servicio exclusivo de ella.

Este individualismo también se manifestó en algunas épocas de la historia en el derecho interno, como en el derecho romano y sobre todo en el código napoleónico. A través de éste cuerpo legislativo, el individualismo fue difundido por casi todo Occidente, pero hoy en día en el pensamiento occidental —al menos en el europeo—, el individualismo está cediendo ante el comunitarismo. Alejandro Alvarez, autor latinoamericano de ideas avanzadas en su época, opinaba que todo el derecho evoluciona desde el individualismo hacia el comunitarismo, también el d.i.; pero en realidad este proceso se da más en el derecho

¹³ George Scelle, 1943, ps. 21-23; Antonio Truyol, 1959, p. 572; J. L. Brieryly, 1944, p. 74 ; Wiebringhaus, 1955; Alfred Verdross, 1963, ps. 74, 274.

interno mientras que el d.i. conserva por lo general su orientación individualista,¹⁴ con excepción de los procesos de integración regional con aspiraciones comunitarias.¹⁵

Reconocimiento y relatividad. Una consecuencia de la ausencia de los órganos especializados es la relatividad de las atribuciones jurídicas, que con frecuencia carecen de una vigencia general. Por ejemplo, Israel está reconocida por la abrumadora mayoría de la comunidad internacional pero no por todos los estados árabes; por lo tanto, no es un sujeto del d.i., desde el punto de vista de estos últimos países. Aparece así una relatividad sin analogías en el orden interno.¹⁶

Juez y parte. Otra consecuencia de la falta de órganos especializados es que los estados actúan en los litigios como juez y como parte. Esto no ocurre dentro de las comunidades estatales, donde existen órganos centralizados y especializados que permiten la solución de los litigios por un tercero imparcial.¹⁷

Ausencia de coactividad. El Estado tiene el monopolio de la coacción; por consiguiente la comunidad internacional se encuentra desarmada; el d.i. es un "derecho sin fuerza" al decir de Niemeyer.¹⁸

La ausencia de fuerza coactiva es la consecuencia de una serie de inconvenientes que no aparecen en otras ramas del derecho. Pero como ya dijéramos al referirnos a los Organos, a partir de 1991, como consecuencia de la caída del sistema bipolar, el CS pudo imponer sanciones de carácter coactivo.

Principio de efectividad. En un derecho primitivo no existe un órgano con poder coactivo que esté en condiciones de ajustar la situación de hecho a la de derecho e imponer la observancia estricta de la norma. Como la coacción en el orden internacional es muy imperfecta, el principio de efectividad tiene una aplicación muy amplia en el d.i.¹⁹

¹⁴ Alejandro Alvarez, 1959, p. 67 (con referencias a sus obras anteriores); Alf Ross, 1951, p. 57; Max Huber, 1928, p. 98; A. Poch, 1943, ps. 34-400; Alfred von Verdross, 1963, p. 57.

¹⁵ Como el caso de la Unión Europea, y puede llegar a ser el caso del Mercosur.

¹⁶ B. T. Halajczuk, 1963, t. 12, ps. 519-557 (con amplias referencias bibliográficas); Kunz, 1952, p. 363; Verdross, 1963, p. 78.

¹⁷ Werner Goldschmidt: 'La imparcialidad como principio básico del proceso', en *Conducta y norma*, Buenos Aires, 1955, p. 71-86; Verdross, 1963, ps. 71-86.

¹⁸ 1516 Gerhard Niemeyer, *Law without force. The function of politics in International Law*, Princeton, 1941.

¹⁹ B. T. Halajczuk, K, 1963, t. 109, p. 1.100; B. T. Halajczuk, 1950, ps. 70-78; Antonio Truyol, 1959, p. 571; Miaja de la Muela, 1960; Hans Kelsen, 1965, ps. 185-

Evolución actual: Como ya señalaba Verdross se están dando signos de la atenuación de algunos rasgos característicos del d.i. En efecto: 1) ya existe una responsabilidad individual parcial, 2) a pesar de la relatividad de los deberes internacionales, aparecen ciertos deberes comunitarios; 3) a pesar del carácter individualista del d.i., ya está delineándose una especie de "d.i. social"; 4) la mediatización del hombre ya no es completa, 5) el principio de efectividad ya tiene ciertas limitaciones.

Estas tendencias progresistas son limitadas en el ámbito temporal y sobre todo en el espacial, pero ya se aplican a los derechos humanos y a los delitos y crímenes internacionales. La responsabilidad individual ha sido aplicada más allá de Nuremberg y Tokio, en los Tribunales ad hoc creados para juzgar los crímenes de guerra y el genocidio cometido en las guerras de Yugoslavia y en las de Ruanda, y ha servido de fundamento para la creación del Tribunal Penal Internacional (Roma, julio de 1998).

En la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la ONU se está trabajando en dos proyectos de codificación sobre la responsabilidad internacional de los Estados, y el que se refiere a la responsabilidad por actos ilícitos se ocupa de definir los delitos y crímenes internacionales. De aprobarse el proyecto, el genocidio dejaría de ser la única figura delictiva que es objeto de una norma de alcance general.²⁰ Los demás adelantos son por lo general, limitados al ámbito regional, europeo particularmente, y pertenecen al derecho comunitario, no al d.i. en sentido propio.²¹ Esta conclusión válida en 1972 y 1978²² continúa vigente en 1999.

B. Primitivismo y otras particularidades

Como el d.i. carece de órganos especializados, no cabe duda que corresponde, desde el punto de vista de la sociología jurídica, al tipo

186, 249-250, 353-355; Charles de Visscher, 1558 ; Joseph Kunz, 1952, p. 364: A. Verdross, 1963, ps. 83-84 ; J. L. Brierly, 1 936, p. 150; T. L. Brierly, 1949, p. 73.

²⁰ Algunos estados firmaron el Convenio sobre el Genocidio excluyendo la competencia de la CIJ, Véase B. T. Halajczuk, 1959, ps. 30-41, B. T. Halajczuk, 1960, ps. 38 50 y 147-158 (con amplia bibliografía) y N^o 86.

²¹ Véase la sección XXXII.

²² Son los años a los que corresponden las anteriores ediciones de este libro.

de un derecho primitivo. La cuestión que se plantea, es determinar si el primitivismo agota todas las características de este ordenamiento o si él tiene también otros rasgos que le son exclusivos. Es un problema de gran alcance doctrinal, que fue objeto de una controversia entre los corifeos de la Escuela de Viena, Hans Kelsen y Joseph Kunz. De la solución depende el pronóstico, es decir en qué medida puede esperarse la superación de los notorios defectos del derecho internacional.

En 1942 Kelsen expresó la opinión de que en virtud de la experiencia de la Sociedad de las Naciones parecía, por el momento, utópica la idea de la creación de un auténtico poder legislativo y ejecutivo internacional. Por lo tanto, recomendaba una institucionalización del d.i. más modesta, como por ejemplo, la creación de una Corte Internacional, cuya jurisdicción compulsiva reconocerían los estados, conservando intactos todos los demás atributos de su soberanía.

Fundamentaba esta idea en la analogía con el derecho interno, donde los tribunales aparecen, en el orden histórico, como los primeros órganos centralizados.

No comparte esta opinión Kunz: la propuesta de Kelsen, dice, tiene gran mérito, pero provoca críticas porque parte de la convicción de que habría una analogía casi completa entre el desarrollo del d.i. y de los derechos nacionales. La primitividad del d.i., en general contrasta, admite Kunz, con los derechos nacionales avanzados pero ésta no es la única diferencia. Cita profusamente a Brierly, quien señala ciertos rasgos esenciales del d. i. que van mas allá del primitivismo: la escasez y la disparidad de sus sujetos.²³ También Vellas distingue el primitivismo de otras particularidades del d.i.²⁴ En 1998, con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional se replanteó la misma polémica. Pero algo es evidente, el primitivismo del d.i. recién empezará a superarse con instituciones como ésta.

No cabe duda que el d. i. pertenece al tipo de derecho primitivo, pero este primitivismo no agota sus características. Algunos rasgos no son reducibles a este denominador común. Es una comprobación de gran trascendencia no sólo de *lege lata*, para la comprensión del orden internacional existente, sino también de *lege ferenda*. Si suponemos que

²³ Hans Kelsen, 1943; Joseph Kunz, 1952, ps. 366-368. Kunz reiteró su posición en 1961 (p. 378): "No comparto la opinión de Kelsen de que el primitivismo sería la única diferencia entre el d. i. y el interno; además del primitivismo el d. i. tiene ciertas particularidades sociológicas que le diferencian del derecho nacional".

²⁴ Pierre Vellas, 1967, p.5.

el d.i. no tiene otra traba además de su primitivismo, podríamos esperar que la superará de un modo análogo a como lo ha hecho el derecho interno de todas las naciones civilizadas. Desgraciadamente tal suposición carece de fundamento. Lo que impide el progreso del d.i. no es su actual primitivismo, sino algunos rasgos de la comunidad internacional, que no existen en otras sociedades primitivas, sobre todo una desmesurada desproporción del poder entre los estados y, por otro lado, la variedad de sus condiciones objetivas. La oposición de EE.UU. a la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Internacional y el excepticismo creado en la opinión internacional por este estatuto demuestra la vigencia de ese primitivismo. Esto sugiere la hipótesis de un método propio del derecho internacional.

3. Problema metodológico de la ciencia del derecho internacional

A. Negación del derecho internacional

Ante las particularidades del d.i., que lo distinguen del derecho interno, pueden observarse tres actitudes en la doctrina:

- a) La negación del d. i., en vista de estas particularidades.
- b) La tendencia a encasillarlo en el marco metodológico del derecho interno, privado o público, a pesar de las mencionadas particularidades.
- c) Los intentos de encontrar una solución metodológica específica, adaptada a las aludidas particularidades.

Examinaremos sucesivamente estas actitudes: Los negadores del d.i. pueden clasificarse en dos grupos: los primeros, los más numerosos, niegan el carácter jurídico del d.i.;²⁵ los segundos su carácter internacional.²⁶ Existe otra categoría de impugnadores, que no niegan el carácter jurídico de las normas que rigen las relaciones internacionales pero sí su carácter internacional, porque las sitúan en el derecho interno como un “derecho nacional exterior”. En cuanto a los que encasillan el tratamiento del d.i. en el marco metodológico del derecho interno, esto no es posible por la diversidad de sus sujetos y por las diferencias que existen con otras instituciones básicas, a las que ya

²⁵ Thomas Hobbes, Julius Binder; intermedio entre la moral y la cortesía: John Austin; un ordenamiento sui generis: Félix Somló.

²⁶ Así opinan Philip Albert Zorn y Marx.

hicimos referencia. Finalmente para encontrar una solución metodológica acertada se puede recurrir a otros métodos. Schüle señala los que corresponden a la dimensión normativa y sociológica, y que son el histórico, el deductivo y el inductivo.²⁷ Cabe señalar la preferencia de los partidarios del método sociológico e histórico por la inducción, y de los del método normativo como también del axiológico por la deducción.

Desde un punto de vista distinto pueden contraponerse los métodos monistas a los sincréticos, o sea bidimensionales y tridimensionales. Dentro de los métodos sincréticos puede distinguirse el enfoque tridimensional que aplicamos en la presente obra: la norma en función de los valores que protege y de las condiciones en las cuales debe aplicarse. A su vez el método trialista reduce las tres dimensiones a una sola teoría. El trialismo ha sido elaborado por Werner Goldschmidt y Juan Carlos Puig lo aplica íntegramente al derecho internacional.²⁸

B. Definición del derecho internacional público

El derecho internacional público (d.i.p.) es el conjunto de normas que rigen las relaciones entre los estados y otros sujetos de éste ordenamiento, determinando sus derechos y obligaciones recíprocas y delineado sus competencias.

• Para aquellos autores que consideran que el único sujeto válido del d.i. es el Estado, esta disciplina pasa a ser un derecho interestatal más que internacional.

Para otros, el derecho siempre está dirigido al individuo que es propiamente su sujeto, por lo que no es esencial para la definición del d.i. Pero no es el tipo de sujeto, sino el procedimiento de elaboración de sus normas lo que diferencia al derecho interno que se genera dentro del marco institucional del Estado, del d.i. que surge de la costumbre internacional y de los tratados, tal es el pensamiento de Kelsen y Scelle.²⁹

Miaja de la Muela, Verdross y Friedmann señalan que no se debe descartar el derecho interno de comunidades de Estado o el derecho interno creado por órganos internacionales al definir el d.i. Se apunta a incluir el derecho supranacional o transnacional.

²⁷ Schüle, 1959, ps. 141-149.

²⁸ Juan C. Puig. 1965, cap. 1º, ps. 1-16.

²⁹ También puede citarse en la misma línea a Duguit, Krabbe y Politics.

A la nueva estructura del d.i. se refieren particularmente Friedmann y Jenks. Este último dice que: "El d.i. contemporáneo sólo puede ser inteligentemente expuesto y racionalmente desenvuelto si se ve el derecho común de la humanidad en una fase incipiente de su desarrollo".³⁰

A esta evolución se refiere el soviético Korovin al formular su teoría del d.i. de la época de transición, en el que imputa a la ausencia de una comunidad ideológica entre el mundo socialista y el capitalista, la imposibilidad de la formación de un genuino d.i. En cuanto a la naturaleza, la definición y el contenido del d.i. el jurista japonés Tanaka, hace referencia a la existencia de un derecho mundial, que rige las relaciones jurídicas de la comunidad internacional. Por su parte Juan Carlos Puig, nos habla del derecho de la comunidad internacional que comprende dos ramas bien diferenciadas: el d.i.p. y el derecho estatal mundial.³¹

C. Defensa de la doctrina Trialista

Para Juan Carlos Puig, "el positivismo es una doctrina apta para situaciones históricas consolidadas y tendencialmente estatuidas, como fue por ejemplo, el siglo XIX", pero en un mundo en cambio, que aspira a la justicia deben incorporarse elementos de las doctrinas iusnaturalistas. El trialismo propone la integración de la realidad social internacional a la visión del mundo jurídico, lo que facilita la comprensión de fenómenos de la etapa de la crisis y transición que vivimos. Por esta vía se explican los efectos jurídicos y la incidencia no sólo en las relaciones internacionales sino también en el derecho internacional que tienen los ONG (Organismos Internacionales No Gubernamentales) y los BINGOS (empresas transnacionales).

Sin embargo ninguna de estas categorías de entes es reconocida como sujeto de derecho internacional, y carecen de capacidad jurídica para obrar. Los autores modernos que han estudiado el amplio espectro de los sujetos discutidos del derecho internacional han incorporado una serie de entidades a esa categoría en los últimos 45 años, es decir desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. Tal es el caso del individuo, el pueblo, la humanidad, los movimientos de liberación nacional.

³⁰ Jenks, Wilfred. *The Common law of mankind*, Londres, 1958.

³¹ Véase Puig, J. C. *Derecho de la Comunidad Internacional*, Vol. I, Parte General, Depalma, Bs. As. 1975.

En relación a las fuentes, “las circunstancias socio-políticas que influyen en la adopción de las respectivas normas”, no sólo deben considerarse como fuente material, sino que deben considerarse una fuente tan directa como la formal porque ambas constituyen formas de constatación del fenómeno jurídico internacional. Juan Carlos Puig decía desde su cátedra en los años sesenta: que el jurista internacional debería ocuparse tanto de un acuerdo entre empresas transnacionales para atribuirse mercados en diversas regiones del mundo (fuente material, por ser normas emanadas de entidades que no son sujetos de d.i.), como de un tratado de comercio entre Estados (fuente formal).³² Hoy, en 1999, la evolución sufrida por el derecho internacional le da toda la razón.

Lo que para los positivistas extremos de aquella época parecía aberrante, hoy es un requisito de sobrevivencia para los cultores del ius internacionalismo. Con este pensamiento coincidía Wolfgang Friedman al referirse a los nuevos campos del derecho internacional.³³ Esa percepción se hizo evidente en EE.UU. y en Europa, y se advierte en los Manuales, Tratados y Ensayos que sobre el Derecho Internacional contemporáneo se viene escribiendo desde 1970 a la fecha.

Otro elemento que permite incorporar la tesis trialista es el de la “inexactitud normativa”, o sea la inadecuación de la norma a la realidad. Durante la Guerra de las Malvinas (1982), nuestro país pudo constatar la inexactitud normativa del TIAR al solicitar su aplicación a los acontecimientos del Atlántico Sur, ya que no sólo no obtuvo ningún resultado positivo, sino que EE.UU. se volcó abiertamente a favor de Gran Bretaña a la que brindó asistencia efectiva con medidas tales como la utilización de la Base Estratégica emplazada en la Isla Ascensión, suministro de armas sofisticadas, disponibilidad logística de la OTAN e información militar reservada de origen satelital. No fue un caso de “ineficacia” del TIAR, sino lisa y llanamente de su violación, o más precisamente de la evidencia de su “inexactitud normativa” porque la asociación regional en caso de agresión externa está librada a una participación meramente voluntaria de sus miembros. En el caso concreto EE.UU, potencia hegemónica del TIAR, pertenecía a organizaciones regionales con miembros contrincantes en cada una de ellas. También tuvo incidencia la tradicional amistad y la existencia de

³² Puig, Juan Carlos, op. cit.

³³ Friedmann, Wolfgang: “La Nueva Estructura del Derecho Internacional” Ed. Trillas, México, 1967.

intereses conjuntos entre Inglaterra y EE.UU. en el plano internacional.

Pero el elemento más importante que incorpora el trialismo es la "Justicia". El valor justicia, la dimensión dikelógica al decir de Goldschmidt y Puig, permite brindar una eficiente base de sustentación al desarrollo progresivo del derecho internacional. Esto es lo que ha pasado con el Nuevo Derecho del Mar contenido en el Tratado de Montego Bay (1982), con los Tratados sobre Sucesión de Estados, las Resoluciones de la ONU y de los organismos internacionales de su sistema, con la formación del derecho al y del desarrollo; con la aceptación del derecho internacional ambiental, etc.³⁴

En defensa de la doctrina trialista podemos decir que ésta presenta una base científica más adecuada e integral para explicar la formación de nuevos campos de acción que devienen en nuevas disciplinas dentro del derecho internacional. O para explicar el surgimiento de nuevos sujetos de derecho internacional o la de nuevas fuentes —como son las que surgen de los organismos internacionales—. También explica la mayor velocidad en la formación de normas consuetudinarias a través de la interacción costumbre/tratado, y a la flexibilidad interpretativa de las normas para adecuarse a la rapidez de los cambios evitando lagunas del derecho en los fallos internacionales.

D. Del pensamiento de Korovin a la Perestroika

En nuestro libro original, publicado en 1972, nos referíamos al pensamiento del jurista soviético Korovin quien auguraba que una vez producido el colapso del capitalismo y el triunfo de la doctrina marxista se produciría el cambio global del régimen internacional, y el "derecho internacional de la transición (o sea el actual), sería suplantado por el Derecho Socialista Mundial". Pero la realidad ha contradicho al pensamiento de Korovin. En la actualidad, en la curva descendente del último año del siglo, nos encontramos con el retroceso y caída a escala

³⁴ El aspecto más problemático de la integración de la justicia en la perspectiva trialista es que permitiría la elaboración de la norma en caso de carencia normativa. Y a esta conclusión se arriba luego de analizar laudos arbitrales y sentencias de la misma Corte Internacional de Justicia, que han suscitado los comentarios de Lauterpacht al referirse a la existencia de una "legislación judicial". En la práctica, la creación jurídica se suele disfrazar mediante hábiles interpretaciones de una norma impropia. Coinciden con este pensamiento George Scelle y Puig Brutau.

mundial del modelo marxista-leninista a partir de la Perestroika y de las reformas introducidas en los sistemas políticos y económicos de los países del Este. Los efectos internacionales y en la relación de las superpotencias de esta transformación llevó a algunos pensadores a proclamar el fin de la historia,³⁵ y a otros, la mayoría, a aceptar el establecimiento de un nuevo orden mundial.³⁶

En efecto, al margen de los motivos que llevaron a la dirigencia soviética a aceptar la implementación de la Perestroika y la Glasnot, lo cierto es que la transformación soviética ha impactado en las relaciones internacionales produciendo la caída de estructuras que se creían rígidas e inalterables tales como el propio sistema bipolar. El efecto en las demás regiones del mundo fue evidente.

En Europa Oriental se desató una ola de reformas y transformaciones que precipitaron la caída de los regímenes ortodoxos más duros, como los de Rumania y Albania.

En Europa Occidental, la caída del Muro de Berlín y la unificación Alemana produjeron reacciones contradictorias entre los miembros de la comunidad. Positivos ante la superación de una de las secuelas más dramáticas de la Segunda Guerra Mundial: la división de Alemania, y negativos ante el temor del crecimiento del poderío alemán.

En América latina, hasta un marxista ortodoxo como Fidel Castro reconoce la necesidad de cambios en el comunismo.

En Africa negra, la directa intervención de Occidente, ya sea a través de la Secretaría de Estado para Asuntos Africanos de los EE.UU. en el caso de Etiopía, o del gobierno de Portugal en la guerra civil angoleña, ha hecho retroceder las pretensiones de dirigentes locales de implantar "un modelo marxista africano", lo que demuestra la consolidación del sistema.

Se habla de un nuevo orden internacional. Muchos autores, consideran que no se trata de un orden nuevo, sino del mismo antiguo orden redivivo y fortalecido. Otros, en cambio opinan que la transformación operada en el bloque soviético ha producido una verdadera

³⁵ Fukuyama, Francis: "El fin de la historia?", artículo en la revista "The National Interest", EE.UU., 1989. La idea central del ensayo es: "somos testigos no sólo del fin de la guerra fría...sino de la conclusión de la historia como tal: es decir, el punto final de la evolución ideológica de la humanidad y la universalización de la democracia liberal de Occidente como la forma última del gobierno humano".

³⁶ Hugo Gobbi, "El Nuevo Orden Internacional", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

revolución en las relaciones internacionales cuyos efectos comienzan a percibirse, pero recién podrán evaluarse con mayor perspectiva histórica en el siglo venidero.

Lo cierto es que hay un nuevo reparto del poder internacional. La URSS fue reemplazada en el escenario mundial por Rusia, y éste país, si bien no ha dejado de ser una potencia, ya no es la indiscutida cabeza de un sistema rígido, monolítico, estructurado. Asimismo, los EE.UU. no han dejado de tener dificultades internas particularmente en el terreno económico y fiscal, sin embargo en el contexto mundial ha aumentado indiscutidamente su poder, y así lo hacen sentir.

Podemos disentir con la dirección u orientación de ese cambio desde la perspectiva de la "justicia" y del "bien común", ya que parece vacío o carente de contenido desde esa perspectiva teleológica. Sin duda estamos viviendo en un orden que consolida injusticias tales como el relegamiento cada vez mayor de los países subdesarrollados, o la forzada aceptación de enojosas excepciones a la abolición de subsidios que se pretende obtener en el comercio internacional cuando se trata de favorecer los intereses de la superpotencia mundial. Por ejemplo la venta subsidiada de carnes y granos de EE.UU. a Brasil en desmedro de los compromisos asumidos por éste país con la Argentina en el marco de los acuerdos de integración del Mercosur.

Si consideramos el carácter instrumental del derecho (en este caso del derecho internacional), las normas que lo conforman tendrán que servir a ese cambio. Para el positivismo a ultranza, quizá resulte innecesario el conocimiento de estos cambios, ya que sólo importan las normas y no el contexto en el que las mismas se elaboran. Para el trialismo es indispensable ese conocimiento porque sirve para orientar el proceso de adecuación de las normas a la nueva realidad. Y para presionar respecto de su objetivo que es el del imperio de la Justicia como fin del Derecho.

SECCIÓN II

DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

4. Doctrina. *Consideraciones actuales sobre la relación entre el derecho nacional e internacional.* 5. Valores y realidades. 6. Derecho positivo. A. *La Constitución Argentina y la Reforma de 1994*; B. *Facultad de las Provincias para celebrar tratados.*

Continuando un proceso que empezó después de la Segunda Guerra Mundial, tras el auge de las corrientes nacionalistas que se dio con el proceso de descolonización y con la pretensión del Tercer Mundo de imponer el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), a partir de los años ochenta el concepto de "estado-nación" se fue deteriorando profundamente. En su faz externa, la formación de grupos regionales de Estados, como bloques económicos, o como procesos de integración, pone en evidencia la tendencia actual a la asociación de los estados que conlleva la delegación de facultades —en mayor o menor medida— en nuevos sujetos del d.i. En su faz interna, muchos países que se formaron bajo el predominio de un grupo nacional sobre otro, se han visto convulsionados por la tendencia cesionista de las minorías, como ocurrió con Yugoslavia y otros. Pero también repercutió en la función del Estado, el impacto del avance tecnológico y sus efectos en las formas de producción, que produjeron la Segunda Revolución Industrial, así como la transnacionalización de los intereses económicos, particularmente los financieros. Hoy en día en términos comerciales se habla del mercado mundial, y los manejos financieros comprenden el mundo entero. Eso es lo que explica la extensión de los fenómenos de las bolsas, como ocurrió con el efecto tequila y está ocurriendo con la crisis asiática y la rusa. Todos estos hechos han influenciado en la noción de soberanía, y en la forma de relacionarse entre el d.i. y los ordenamientos jurídicos internos.

La globalización ha llevado, necesariamente, al predominio de las tendencias que hacen predominar el d.i. sobre el derecho interno.

Nuestro país no podía estar ajeno a estos cambios. Ante la profundización del proceso de integración regional iniciado con el Mercosur, la necesidad de implementar la Reforma del Estado, modernizar las instituciones, descentralizar facultades y funciones administrativas, instaurando un auténtico

federalismo, y jerarquizar compromisos internacionales en materia de derechos humanos, entre otras razones, se resolvió declarar por la ley 24.309 la necesidad de la Reforma Constitucional. Como ya lo veremos, se resuelven los problemas doctrinarios y jurisprudenciales que presentaba la relación entre el d.i. y el derecho interno. La negra noche de la dictadura militar, que cometió atrocidades en el campo de los derechos humanos, sirvió de lección para el pueblo argentino, y sus representantes le dieron jerarquía constitucional a los convenios internacionales referidos a ese tema (art. 75 inc. 22). En el plano de la relación entre las provincias y la Nación, se le reconoce a las primeras la facultad de celebrar tratados, dentro de determinadas pautas (art. 124). Finalmente, se aprueba la facultad de celebrar tratados de integración regional que permitan el establecimiento de órganos "superestatales", facilitando su sistema de aprobación en el Congreso (art. 75 inc. 24).

4. Doctrina

La relación entre el d.i. y el interno ha sido hondamente elaborada por la doctrina, aunque sigue siendo controvertida. Esquemáticamente las posiciones doctrinales se presentan del siguiente modo:

Monismo.

Con primacía del d.i. } Superioridad del d.i.

Con primacía del derecho interno } Superioridad del
derecho interno

Dualismo

Los monistas toman como punto de partida el concepto unitario de todo el derecho, que comprende tanto el interno como el internacional, y que implica inevitablemente el problema de la relación jerárquica existente entre uno y otro. Son relativamente pocos los monistas que se pronuncian en favor de la superioridad del derecho interno, porque esta tendencia se canaliza a través del dualismo; de modo que el término "monismo" a secas, expresa el monismo con primacía del d.i. Esta tendencia se apoya en la observancia general del d.i. consuetudinario y en ciertas disposiciones constitucionales que examinaremos más adelante. En cuanto a la faz práctica, se fundamenta en la jurisprudencia internacional, que considera que las leyes internas

contrarias al d.i. no son oponibles y que dan lugar a responsabilidad internacional.¹

Los dualistas consideran que el d.i. y el interno son dos ordenamientos distintos e incommunicables, porque cada uno de ellos tiene diversas fuentes y diversos destinatarios. Un tratado es obligatorio únicamente para los estados que lo ratifiquen.

Los monistas que profesan la primacía del d.i. se agrupan en dos clases: los absolutos y los moderados. Los primeros (como Scelle y Kelsen en su juventud) consideran que una ley contraria al d.i. es nula.²

El monismo moderado está de acuerdo con la práctica internacional: considera que una ley contraria al d.i. puede ser válida en el orden interno, pero carece de validez en el internacional. El estado no puede alegar su propia ley para no cumplir el d.i., ni la CIJ ni el árbitro la tomará en cuenta, y por el contrario tal ley compromete la responsabilidad internacional del estado.³

Consideraciones actuales sobre la relación entre el derecho nacional e internacional

Hoy en día se ha dejado de lado el debate respecto a las doctrinas monistas y dualistas referidas a la relación entre el derecho interno y el internacional. Un estudio actualizado aporta José María Ruda quien destaca los esfuerzos de Michell Virally para tender un puente entre las diferentes corrientes, sosteniendo que el derecho internacional se desarrolla en una sociedad que está caracterizada por un pluralismo de los órdenes jurídicos que la componen y que, además estos órdenes son los únicos que disponen de los medios propios para asegurar la ejecución forzada del derecho. "El derecho internacional tiene en cuenta esta situación y califica a estos órdenes estatales como soberanos y les reconoce la capacidad de someterse a las normas que ellos mismos crean. Pero al mismo tiempo, al atribuirse la facultad de reglamentar

¹ Hay internacionalistas que consideran que un tratado internacional no es una fuente del d.i. sino del llamado "derecho nacional externo", paralelo al derecho interno de los estados firmantes; tal es el caso por ejemplo de Zorn y de Déceniere-Ferrandiere. Por lo tanto hemos expuesto esta opinión dentro de las impugnaciones del d.i.; pero puede considerársela también como expresión del monismo con supremacía del derecho interno. (Reuter, 1962, p. 10; Puig, 1965, p. 85.

² Verdross, Alfred 1963, p. 64, nota 6.

³ Véase Sección XVI.

jurídicamente las relaciones entre los Estados, el derecho internacional se afirma como superior a éstos y a su orden jurídico. Los Estados a su vez, al tomar parte en las transacciones jurídicas internacionales, reconocen no sólo la existencia sino la superioridad del derecho internacional".⁴

5. Valores y realidades

Se observa en la doctrina, sobre todo bajo el impacto del formalismo la tendencia a reducir el problema de la primacía de uno u otro orden jurídico a disyuntivas axiomáticas, que menoscaban la observación práctica del problema.⁵ En este sentido se encaminan obras que estudian las soluciones que se presentan en la práctica internacional y las defienden o critican a la luz de la ciencia política y la sociología.⁶ Este rumbo encaja bien dentro del esquema doctrinal del presente manual: las soluciones normativas adversas, dualistas y monistas, se formaron en función de la oposición de valores⁷ y de la cambiante realidad.

El trasfondo axiológico es claro. Según que el monista reclame la supremacía para el d.i. o el interno, dará prioridad a la comunidad internacional o a la nación. El dualista da primacía al orden interno: detrás de la aparente paridad entre los dos ordenamientos estancos se

⁴ Ruda, José María "Relaciones Jerárquicas entre los ordenamientos Jurídicos internacionales e interno." Reexamen de los Problemas Teóricos, en "El Derecho Internacional en un mundo en transformación". Liber Amicorum, en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, ROU, nov. 1994, Tomo I, p. 125.

⁵ Error metodológico que señala Vellas, 1967, ps. 23-24.

⁶ Reuter, Paul 1962, p. 12.

⁷ Una preferencia axiológica puede notarse incluso en la obra de un internacionalista como Paul Reuter (1962, ps. 13-14): "Todavía hoy en escasa medida, pero en progresivo aumento el d.i. está dejando de ser un derecho de coordinación; aún en las relaciones entre los estados, su estructura, tan radicalmente diferente de la del derecho interno, se aproxima un poco a la de éste. El d.i. comienza a tener, de manera limitada y temporal pero real, sus órganos propios, y allí donde se yuxtaponen las técnicas del derecho interno y las del d.i. aparecen situaciones intermedias. Este último fenómeno es particularmente perceptible en el plano regional. Nos parece que "particularmente" tendría que sustituirse por "exclusivamente", para que la citada opinión traduzca de veras la realidad; y este progreso regional se realice dentro del marco del derecho comunitario y no del d.i. Fuera del plano regional, todo progreso es tan sólo "limitado y temporal".

oculta un pronunciamiento apenas velado en favor del orden interno. Reduce la norma internacional a un papel meramente declarativo, afirmando que ella no es capaz de producir ningún efecto y que puede cobrar efectividad tan sólo a través de una ley, que el respectivo Estado puede no dictar, sin exponerse a ninguna clase de sanciones, cosa que admiten los monistas moderados: la no oponibilidad de las normas en el orden internacional y la responsabilidad. A través del monismo se proyecta el cosmopolitismo o el universalismo, y a través del dualismo, el nacionalismo.

Esto último no debe confundirse con las ideologías nacionalistas elaboradas en la época posterior a la primera guerra mundial. Al sustraer completamente los tribunales internos de todo imperio del d.i. el dualismo se pronuncia en favor del concepto clásico de la soberanía nacional, que corresponde al criterio de los sistemas autoritarios. Por su lado, al reclamar la subordinación del derecho interno al d.i., el monismo coincide, prácticamente, con el iusnaturalismo radical que reclama la subordinación incondicional del bien común nacional al internacional: en el primer caso es nítida la jerarquización de los órdenes normativos y, en el segundo, la de los valores.

En el plano de la realidad puede observarse una evolución más homogénea y rectilínea que en la esfera de los valores. En las relaciones entre varias clases de estados, el d.i. *no evoluciona en el mismo sentido ni con el mismo ritmo,*⁸ pero en el Occidente (América, aún más Europa Occidental y especialmente en las comunidades europeas) la evolución es clara. Mientras el d.i. clásico no iba más allá de la delimitación de las soberanías, el d.i. actual tiende a limitarlas, con el objeto de lograr una mejor colaboración interestatal, por el momento regional.

El esquema dualista encajaba perfectamente en la fase anterior: la de un d.i. que regulaba las relaciones diplomáticas, el protocolo, las fronteras, la guerra. Pero resulta anacrónico hoy en día cuando la legislación laboral de los estados se reduce en gran medida a la recepción de los convenios redactados y aceptados en la OIT; y la correspondencia entre el d.i. y el interno se manifiesta en un número cada vez mayor de materias, como consecuencia de la actividad normativa de distintas organizaciones internacionales. No es preciso que estipulaciones de un simple reglamento de tal o cual organización internacional "se transformen" en normas internas por medio de una

⁸ Reuter, Paul: "Instituciones del derecho internacional público", ps. 96-117; Halajczuk, Bohdan, 1963.

ley, solemnemente votada por las dos Cámaras legislativas, porque esto no guardaría ninguna proporción con el nivel jerárquico de la respectiva fuente internacional y sería incompatible con el ritmo de la colaboración internacional. Para estos propósitos se precisa una técnica jurídica más pragmática y expeditiva, que corresponde mejor al esquema que proporciona el monismo moderado bien entendido.

6. Derecho positivo

En las relaciones entre el d.i. y el interno, se plantean cuestiones del más alto nivel de generalización. La jurisprudencia cae a veces en una casuística, de la cual la doctrina puede recién *ex post* extraer ciertas normas generales,⁹ en la medida en que se halla a la altura de su tarea. El derecho interno, por lo menos en el Occidente, no pone en tela de juicio la primacía del d.i. consuetudinario, vale decir acepta el monismo, con la superioridad del derecho internacional.

En el Reino Unido la jurisprudencia (el país carece, como es sabido, de una constitución escrita) observa tradicionalmente desde comienzos del siglo XVIII el principio de que el d.i. (consuetudinario) debe considerarse como parte del derecho nacional. Este criterio lo observa también otro país anglosajón: los EE.UU. (Véase la jurisprudencia del caso "*Paquete Habana*"). Una actitud similar puede desprenderse también de la jurisprudencia de otros países, como Francia y la Argentina.¹⁰ El art. 31 de la Constitución Nacional habla tan sólo de los tratados como formando parte de la Ley Suprema de la Nación, pero el art. 102 se refiere al derecho de gentes. También de la ley 48 (art. 1º y 21) podría deducirse que el d.i. consuetudinario es directamente aplicable por el Poder Judicial.¹¹

Desde el año 1919, el mencionado principio ya aparece expresamente en textos constitucionales. La primera constitución que in-

⁹ Por ejemplo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado acerca de si la ratificación de un tratado tiene o no efecto legislativo; véase Vanossi, 1969, ps. 179-190.

¹⁰ Por ejemplo, en materia de inmunidad de los estados extranjeros, nuestros tribunales han tenido en cuenta que en nuestra Constitución Nacional se declara el respeto por el derecho de gentes. Véase Bidart Campos 1965, p.103.; Rizzo Romano: "El Estado ante los Tribunales extranjeros". 1995, Bs. As.

¹¹ Puig 1965. p. 99.

trouduce esta innovación es la de la primera república alemana, llamada "Constitución de Weimar".¹²

El enfrentamiento práctico entre los dualistas y los monistas se produce ante el conflicto entre el derecho interno y el d.i. *convencional*.

Como ejemplo de una nítida actitud dualista en la práctica puede citarse la de Gran Bretaña en donde para que un tratado entre en vigencia en el foro interno y sea aplicable por los tribunales, debe ser transformado en una norma interna, por medio de una ley. Sin embargo un tratado que implica modificaciones a la legislación vigente, debe presentarse a la ratificación junto con el proyecto de ley que realice la respectiva modificación.¹³ Observan este principio los países que en alguna forma dependieron del Reino Unido, y por lo tanto conservan sus tradiciones jurídicas, como Irlanda, la República Sud Africana, India, Israel.

Las constituciones de la República Federal Alemana (1949), de Francia (1946 y 1958) y de los Países Bajos (1953) son monistas, consagran la superioridad de las normas convencionales del d.i. sobre las leyes nacionales. El art. 55 de la constitución francesa de 1958, dice: "Los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva de su aplicación por la otra parte". La constitución holandesa puede citarse como la más avanzada manifestación del monismo. Según su art. 67, no sólo los tratados tienen prioridad ante las leyes sino también las decisiones de las organizaciones internacionales que se derivan del d.i. Esta disposición asegura la absoluta vigencia de las llamadas fuentes secundarias del derecho comunitario de las comunidades europeas que carecen de una garantía semejante en otros estados miembros de las comunidades. En el derecho holandés las mencionadas normas internacionales o comunitarias tienen, desde el momento de su

¹² Cuyo art. 4º estipula: "Para las relaciones del Reich Alemán con los estados extranjeros, rigen los tratados y convenios internacionales, las reglas universalmente reconocidas del d. i. Muchos otros estados siguieron el ejemplo alemán: España (República) en 1931, Francia (preámbulo) en 1946, la República Federal Alemana en 1949, la República Democrática Alemana también en 1949, los Países Bajos en 1953, etcétera.

¹³ Prácticamente desde el año 1924, el gobierno británico, antes de presentar un tratado a su ratificación lo somete a debate en las Cámaras legislativas; de tal modo existe la posibilidad de formular un pronóstico acerca de la factibilidad de la respectiva reforma legislativa, antes de presentar el tratado a la ratificación.

publicación primacía sobre las disposiciones legislativas anteriores o posteriores (art. 65). Además ellas crean derechos y obligaciones directas para los particulares en la medida en que se les otorga un derecho o una decisión.

A. La Constitución Argentina y la Reforma de 1994

La Constitución Argentina ya abordaba este problema en los arts. 27 y 31 de su 1ra. Parte, la que no fue modificada en 1994. El art. 27 consagra el principio de la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales; al sostener que los tratados deben estar de conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución. No obstante, para autores como Armas Barea la supremacía consagrada en el art. 27 de la CN tendría varias limitaciones ya que sólo se refiere a las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras, la sujeción es a los principios de derecho público establecidos en la Constitución, y sólo menciona a los tratados por lo que no comprende otras fuentes: costumbre, principios generales, decisiones de organismos internacionales y normas de *ius cogens*.¹⁴ A su vez, el art. 31 reafirma la supremacía de la constitución sobre leyes nacionales y tratados, pero hace del conjunto de los tres tipos de normas "la ley suprema de la Nación".

En las primeras ediciones de este libro hemos dicho que los tratados forman parte del derecho federal que tiene prioridad sobre el derecho provincial. Además hicimos una fuerte crítica al excesivo chauvinismo reflejado en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, en la 1ra. edición de 1972, al referirnos al caso "Martín y Cia c/Administración General de Puertos", decíamos que¹⁵ puso en un pie de completa igualdad el tratado y la ley, pues la Corte

¹⁴ Ver Armas Barea, Calixto: "Derecho Internacional Público y Derecho Interno: Nuevo Criterio de la Corte Suprema Argentina", en "El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación". Tomo I. "Liber Amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga", 1994.

¹⁵ Contrasta con la mencionada sentencia el dictamen de la Procuración General del Tesoro de 1963, que afirmó que los tratados internacionales prevalecen no solamente sobre las leyes anteriores sino también sobre las posteriores. Coincide el dictámen con las modernas constituciones que hemos mencionado y especialmente con la holandesa de 1953 (art. 65).

no se pronuncia respecto del orden jerárquico entre estas dos fuentes ni tampoco lo hacía el mencionado art. 31 ni el art. 100 de la Constitución. De allí concluye que una ley posterior deroga un tratado anterior, de acuerdo al conocido principio de derecho. Sin embargo este presupone la relación entre dos normas de la misma naturaleza.¹⁶ Resulta difícilmente admisible que una parte contratante derogue unilateralmente, por ley, una obligación establecida en forma bi o multilateral; sería; la negación del principio *pacta sunt servanda*.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia comprende dos leading cases: "Merck Química Argentina contra Gobierno Nacional", de 1948 donde estableció que en tiempo de paz priva el derecho interno y en tiempo de guerra el d.i. y el ya mencionado caso: "Martín y Compañía contra Administración General de Puertos", de 1963.

Puig analiza otros casos: "Pedro P. Ferreyra contra Nación Argentina", "Quebrachales Fusionados contra Capitán, armadores y dueños del vapor Aguila" y "Gregorio Alonso contra Haras Los Cardos", en los que se mantiene la tendencia dualista de la Corte.¹⁷

En junio de 1976, la CSJN emitió dos pronunciamientos referidos al presente tema: "Samuel Gómez c/Embajada Británica" y "Elsa Carmen López c/Departamento Cultural y de Cooperación Científica de la Embajada de Francia s/Despido". Se trataba de dos casos del fuero laboral, en los que la Corte tenía que expedirse respecto a la relación jerárquica del principio de d.i. de la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero y las garantías constitucionales sobre la defensa en juicio y la estabilidad laboral. En ambos casos se pronunció por la aplicación de "los principios del derecho de gentes".¹⁸

En 1983, en el caso "Washington J. E. Cabrera c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", se planteó el conflicto entre una norma pactada por la República Argentina con una organización internacional que reconocía a favor de esta última la inmunidad de jurisdicción, por una

¹⁶ Otro fallo análogo de 1968: Ezzo c/Gobierno Nacional. Véase Puig, 1965, ps. 100-101.

¹⁷ Puig, Juan Carlos. "Derecho de la Comunidad Internacional", Buenos Aires, 1974. Ed. Depalma, ps. 228-229.

¹⁸ Contrasta con la mencionada sentencia el dictamen de la Procuración General del Tesoro, de 1963, que afirmó que los tratados internacionales prevalecen no solamente sobre las leyes anteriores sino también sobre las posteriores. Coincide con las modernas constituciones que hemos mencionado y especialmente con la holandesa de 1953 art. 65. Fallos 295:176

parte, y el art. 18 de la CN, que garantiza al actor el derecho a la defensa en juicio, por la otra. El caso se resolvió con la invocación a la primacía normativa de una norma de derecho coactivo (*ius cogens*), en mérito a lo que dispone el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁹

Sin embargo, la Corte volvió a su criterio anterior en los casos en los que tuvo que abordar derechos consagrados en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, que se plantearon con relación a la no operatividad del derecho de réplica consagrado en el art. 14.1 del Pacto, por carecer de reglamentación legal que le permita ser tenido como derecho positivo interno. Adviértase que la Convención ya había sido aprobada por la ley 23.054.²⁰

Cuatro años más tarde la Corte cambió sustancialmente su criterio en el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" del 7-7-1992. El fallo aceptó la operatividad del derecho de réplica consagrado en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica y demostró la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional, que en nuestro caso se dio particularmente con la temática de los derechos humanos.²¹ La sentencia reconoce la primacía del d.i. sobre el derecho interno. El art. 27 de la Convención impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. Reforzando su postura, y encarando el tema de la responsabilidad internacional derivada del incumplimiento, el fallo dice: "la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento". Respecto a la operatividad del derecho de réplica destaca el compromiso asumido por el Estado que ratifica y señala que "Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar

¹⁹ Fallos 305:2150, pp. 2167.

²⁰ Ver casos "Costa, Héctor Rubén c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" Fallos 310:508 del 12-3-87; "Sánchez Abelenda, R. c/Ediciones La Urraca SA y otro", Fallos 311:2553 del 1-12-88 y "Ekmekdjian, Miguel A. c/Neudstadt, Bernardo y otros", Fallos 311:2497, del 1-12-88

²¹ Varios comentaristas del fallo coinciden con este análisis como Calixto, Armas Barea, op. cit. y Antonio Boggiano, "Introducción al Derecho Internacional. Relaciones Exteriores de los Ordenamientos Jurídicos", Ed. La Ley, Bs.As, 1995.

inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso". Finalmente, el fallo hace una adecuada valoración de la jurisprudencia internacional aplicable al caso,²² lo que se reitera en el caso "Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande". Con relación a otro aspecto del presente tema, como es el de la jerarquía de los concordatos, la Corte se pronunció en el caso "Lastra C/Obispado de Venado Tuerto" del 22-10-1994.

Para resolver el problema que suscitaba la relación jerárquica existente entre las normas que integran el derecho federal argentino, la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional incluyó entre los artículos a modificar y ampliar al art. 67 que se refería a las Atribuciones del Congreso. El nuevo texto es el enunciado en el art. 75 incs. 22 y 24. En el 1er párrafo del inc. 22 resuelve que "los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". En el 2do párrafo enuncia tratados e instrumentos internacionales referidos a los derechos humanos a los que les asigna jerarquía constitucional, pero "en las condiciones de su vigencia", entendiéndose como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la 1ra. Parte de la Constitución —no reformada—, a los que no derogan. El párrafo 3ro. abre la posibilidad de que se incorporen nuevos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional para lo cual se requerirá el voto de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. La misma mayoría especial se requiere para aprobar la denuncia de este tipo de tratados. A su vez, el inc. 24 se refiere a los tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales a los que reconoce jerarquía superior a las leyes bajo las siguientes condiciones: reciprocidad, e igualdad entre las partes y que respeten el orden democrático y los derechos humanos.

Es decir que la reforma constitucional ha ubicado al país en la tendencia actual más predominante, enrolada en el monismo con predominio del derecho internacional en casos claramente determinados como son los derechos humanos y el derecho de la integración. Además, la reforma no hizo más que recepcionar los cambios que ya se estaban produciendo en el campo jurisprudencial.

Luego de la reforma de 1994 la Corte en el caso "Girolodi, Horacio David s/Recurso de Casación" consagró el criterio de que la vigencia de un tratado es de carácter internacional.²³

²² Ver el comentario de Calixto Armas Barea al citado fallo en op. cit., ps. 157-164.

²³ CSJN causa 32/93 del 7-4-1995).

La integración regional está contemplada en el art. 75 inc. 24 de la CN. Existe en la actualidad una interesante polémica entorno al Mercosur que es el proceso de integración regional en el que está inserto el país, pues cabe preguntarse si: constituye una organización supranacional, o bien si hubo delegación de competencias del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo para la formulación de normas comunitarias. Constitucionalistas como García Lema, Spota, Vanossi, entre otros, y la mayoría de los miembros del Poder Legislativo Nacional, opinan que no hemos iniciado aún la etapa de la supranacionalidad por no existir una delegación expresa de competencias legislativas al Ejecutivo. Otros autores como Bidart Campos, y Dromi consideran que la operatividad de las normas derivadas en el Mercosur es directa. Por su parte Boggiano señala que en este caso se debe reconocer la operatividad inmediata en el derecho interno de las normas derivadas sobre solución de controversias y de atribución de jurisdicción internacional.²⁴

El art. 75 inc. 24 es una norma especial respecto a la norma general establecida en el inc. 22 del mismo artículo. Las dos últimas tendencias enunciadas predominaron en el fallo de la Corte Suprema recaído en autos: "Café la Virginia" el 10-10-1994, ya entrada en vigencia la Constitución reformada, que prioriza el derecho de la integración sobre el derecho interno.²⁵

Es decir que en caso de conflicto normativo debe darse preferencia a los principios y normas generales del derecho internacional sobre las leyes internas, lo que da preeminencia a todo el derecho internacional, no sólo al convencional sino también a la costumbre y a los principios generales del derecho. Ver las sentencias de la Corte en los casos "Gioldi, Horacio David y otro s/Recurso de Casación", causa 32/93, del 7-4-95 y "Priebke, Erich s/Solicitud de Extradición s/Cuaderno de Prueba de la Defensa", causa 1723-112-94, fallo del 20-3-95, así como los casos: "Monges, Analía M c/UBA", resolución 2314/95 del 26-12-96, y "Chocobar, Sixto Celestino c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/Reajustes por Movilidad", sentencia del 27-12-96.

²⁴ Boggiano, Antonio, "Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los ordenamientos jurídicos", Ed. La Ley, Bs. As., 1997, cap. VIII.

²⁵ Boggiano destaca la necesidad del establecimiento de un tribunal para la interpretación y aplicación del derecho derivado en el caso del Mercosur, como garantía de su constitucionalidad, op. cit..

En lo que se refiere a la organización del Poder Judicial en el orden constitucional argentino, la antigua Constitución hacía una referencia directa al derecho internacional público en su art.102 al señalar los juicios criminales por delitos cometidos fuera de los límites de la Nación contra el derecho de gentes. Permite la aplicación directa del d.i. sin aludir a su recepción en el derecho interno. Inclusive, antes de la reforma constitucional al incorporarse el país a la ONU, y al ratificar el Poder Ejecutivo (PE) el Pacto de San José de Costa Rica aceptó limitaciones a facultades propias del PE en lo que hace al manejo de las relaciones internacionales ya que no puede ser parte de convenios que contengan disposiciones contrarias a la Carta (art. 103). Tiene prohibido el recurso a la fuerza y la obligación de solucionar sus controversias por medios pacíficos (art. 2 incs. 3 y 4), y debe tomar las medidas coercitivas dispuestas por el CS de la ONU que no impliquen uso de la fuerza (art. 41). Con la puesta en vigencia de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), se reconoció la competencia obligatoria de la Comisión y de la Corte Interamericana, creando en el tema de los derechos humanos una instancia jurisdiccional no prevista en la Constitución de 1853. Esta situación se regularizó con la reforma (art. 75 inc. 22).²⁶

B. Facultad de las provincias para celebrar tratados

El nuevo art. 124 de la CN permite a las provincias celebrar tratados internacionales consagrando una tendencia que se venía profundizando de las últimas décadas, lo que se advierte en el contenido de las reformas constitucionales de numerosas provincias. El requisito de validez de estos tratados es que sean compatibles con la política exterior de la Nación, cuyo manejo incumbe al PE por el art. 99 de la

²⁶ En la Sección Nacional Argentina de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur (CPC), que funciona como comisión de conformación bicameral en el ámbito del Congreso de la Nación, se elaboró un proyecto de ley referida a la incorporación de las normas emanadas de los órganos del Mercosur al derecho interno, con la finalidad de poner orden a la diferencia de criterios existente entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. El proyecto se remite a la asignación de competencias que efectúan la Constitución Nacional y la Ley de Ministerios, a fin de diferenciar tratados o protocolos que requieren la aprobación legislativa, de aquellos que pueden ser incorporados por el PE. Además, el tema se ha propuesto a las demás Secciones Nacionales para unificar o acercar criterios. Las mayores dificultades al respecto se suscitan con Brasil.

CN, que no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal, ni al crédito público y que tenga conocimiento de los mismos el Congreso de la Nación. Esta reforma también puso punto final a un debate histórico. Las limitaciones impuestas significan que en la práctica los tratados de contenido económico que comprometen el crédito público, requerirán la garantía de la Nación. Ello quiere decir que las partes contratantes, para mayor certeza, pueden requerir al PE una declaración sobre la no afectación a la política exterior de la Nación, ni a su crédito público, del tratado en cuestión.²⁷

Por otra parte, la facultad de celebrar tratados implica también el poder de hacerlos cumplir en el orden interno. Sin duda, como opina Boggiano, “toda la cooperación internacional sobre seguridad, defensa, economía, cultura y en general, requiere una eficacia de aplicación interna indispensable para alcanzar los fines de aquella cooperación”,²⁸ por otra parte un tratado sobre cooperación judicial internacional o sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras puede verse como una materia procesal, y por lo tanto local, pero es a la vez materia internacional y, por consiguiente, federal. Así lo ha considerado la CSJN en los casos: “Méndez Valles, Fernando c/Pescio SCA s/Ejecución de Alquileres” y “Calvo Gainza, Julio Jorge c/Corporación de desarrollo de Tarija”.²⁹

²⁷ Moya Domínguez, “Reforma Constitucional”, en “Relaciones entre el Derecho Interno y el Internacional”, publicación de las Jornadas Nacionales del Ministerio del Interior y la Fundación del Banco de la Ciudad de Buenos Aires, 1989, y otros.

²⁸ Boggiano, Antonio, op. cit.

²⁹ CSJN. Sentencias del 26-12-95 y del 11-7-96.

SECCIÓN III

FUENTES

7. Generalidades. 8. Fuentes formales: A. *Derecho consuetudinario*. B. *Derecho convencional*. C. *Principios generales del derecho*. D. *Equidad*. E. *Fuentes que emanan de las organizaciones internacionales*. F. *Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales*. G. *Nuevas formas de gestación de fuentes internacionales*. H. *Jerarquización de las fuentes*. 9. Medios Auxiliares: A. *Jurisprudencia*. B. *Doctrina*. 10. Derecho internacional universal y particular: A. *Conceptos*. B. *Problema de la existencia del derecho internacional americano*.

En materia de fuentes, más que modificaciones, se ha producido la profundización de las tendencias. Por ejemplo, la interacción entre el derecho consuetudinario y el convencional se ha hecho más manifiesta. Los cambios operados en las relaciones internacionales han repercutido en la aceptación de las fuentes que no son de origen convencional. La costumbre ha tendido a generalizarse sin las barreras ideológicas que surgieron en tiempos de la descolonización, con la aparición de nuevos países. Lo mismo ha ocurrido con los principios generales del derecho, de los cuales, los incorporados por la doctrina soviética, ante la desaparición del régimen que les brindó sustento, han caído en desuso, específicamente aquellos que se referían a las particularidades del sistema bipolar, y no son aplicables en la actualidad.

Se analiza la evolución de la jurisprudencia emanada de la CIJ, así como de otros tribunales como la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la contribución de los tribunales que actúan en procesos de integración regional como el europeo, y otros. Se advierte, además, la tendencia al recurso de los medios jurisdiccionales, como modo más apto de solución de controversias. Por ejemplo, en la Convención del Mar se creó el Tribunal del Mar, y en tratados que regulan el comercio internacional se recurre permanentemente al arbitraje.

La tendencia que le reconocía carácter de fuentes a algunas resoluciones de las organizaciones internacionales, que representaba los intereses de países

socialistas y del tercer mundo que aspiraban al establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI), ha ido perdiendo adeptos. No obstante, el debate doctrinario sobre el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales sigue vigente y resulta enriquecedor para analizar la evolución del d.i. Finalmente, la globalización ha minimizado por completo la discusión en torno al d.i. universal y el particular.

7. Generalidades

Como en las demás ramas del derecho, también en d.i. es preciso distinguir entre las fuentes materiales y las formales.

Las fuentes materiales son los factores que provocan la aparición de las normas y determinan su contenido. Tales factores son de carácter ético, religioso, impuestos por el uso, la tradición, etc. y por lo tanto no poseen una naturaleza jurídica. La aceptación de esta clase de fuentes se relaciona con el problema de la validez del derecho internacional.

Las fuentes formales, son aquellas que tienen un contenido obligatorio *per se* (por sí) y una naturaleza de carácter jurídico. A este tipo de fuentes nos referiremos en la presente sección.

Existen dos conceptos de las fuentes formales del derecho. Para unos la creación de una fuente es una auténtica creación *ex nihili* (de la nada) y para otros tan sólo el descubrimiento de una fuente preexistente, en el derecho natural, en la solidaridad (Scelle) o en otras fuentes materiales.

Las fuentes formales del derecho internacional han sido enumeradas en dos tratados leyes, a saber: en el artículo 7mo del Convenio XII firmado en La Haya en 1907 —que no tuvo aplicación— y luego en el artículo 38 del Estatuto de la CPJI y de la CIJ que dispone:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados integrantes;

b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia como *medio auxiliar* para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo expuesto en el artículo 59. (“La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”).

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte de decidir el litigio *ex aequo et bono* (equitativamente), si las partes así lo convienen.

De tal modo el artículo 38 distingue:

a) Tres fuentes de aplicabilidad absoluta: el convenio, la costumbre y los principios generales del derecho.

b) Una fuente, cuya aplicación está supeditada a la previa aceptación de las partes: la equidad.

c) Dos medios auxiliares para la determinación de las fuentes: la jurisprudencia y la doctrina que serán examinadas por separado.

Queda controvertida la cuestión de saber si esta enumeración taxativa rige sólo para la CIJ.¹

Además de las fuentes que figuran en el artículo 38 del estatuto de la CIJ algunos autores señalan otras que estudiaremos en la presente sección, como las fuentes que emanan de las organizaciones internacionales. Por otro lado numerosos autores niegan carácter de fuente autónoma a los principios generales del derecho, o bien elaboran una calificación distinta, por ejemplo: las “fuentes espontáneas” que Ago contrapone a las “fuentes escritas”.²

Admitimos la existencia de las fuentes del derecho internacional de acuerdo a la opinión dominante y no a la posición de la Escuela de Yale, según la cual el derecho es un “proceso” y no “un cuerpo de normas obligatorias”.

Corresponde destacar la contribución que efectúa el Dr. Julio Barberis al estudio de las fuentes y de la formación del d.i., para quien: “En el orden jurídico internacional existirían, pues, normas estableci-

¹ La doctrina soviética la limitaba al mencionado tribunal (Tesis elaborada especialmente por Tunkin, véase Brunner 1967, p. 48) mientras que la occidental le adjudica por lo general un alcance universal.

² Alejandro Alvarez, particularmente, realizó una concepción muy personal de estas fuentes. (Alvarez, 1959; Halajczuk, 1966, t. 13, N° 3)

das o creadas por una fuente de derecho (derecho positivo) y otras no creadas de esta manera (derecho espontáneo). Las primeras podrían ser identificadas recurriendo precisamente a su método de creación, en tanto que para identificar la existencia de las segundas habría que recurrir empíricamente (prueba) a “una comprobación de su operar efectivo como normas de derecho en el seno de la sociedad en cuestión”.³

Para Barberis, existen dos concepciones contrapuestas con relación a la noción de fuente de derecho, aplicable también a las fuentes de d.i.: 1) La Teoría Pura del Derecho, de Kelsen y Guggenheim según la cual toda norma jurídica internacional es creada en virtud de una fuente de derecho que, a su vez, recibe el carácter de tal de una norma internacional anterior, hasta llegar a la norma fundamental que tiene por función instituir a la costumbre en fuente de d.i. Se debe distinguir el procedimiento consuetudinario de creación de normas y la norma consuetudinaria ya creada. Además, una norma consuetudinaria básica es la que se conoce como “*pacta sunt servanda*” que erige a los tratados en fuente de d.i. y 2) Pero hay autores como Hart que considera que el d.i. es un derecho primitivo, que carece de fuentes, y para el que la validez de las normas internacionales se decide según que sean aceptadas y funcionen como tales.⁴

8. Fuentes formales

A. Derecho consuetudinario

a) *Concepto y características.* Hay diversas formas de concebir la costumbre en el d.i. Según Barberis, es posible distinguir tres concepciones fundamentales: a) como la manifestación de un derecho ya existente, b) como un modo de creación de derecho, o sea como una fuente, y c) como un derecho no creado por un procedimiento jurídico pero cuya existencia es comprobable. El primer supuesto considera a

³ Barberis, Julio, “Formación del derecho internacional”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1994, p. 29. Otra contribución realizada por autores argentinos, es la que brindan los Dres. Roberto Moncayo, Hortencia Gutiérrez Posse y Raúl Vinuesa, en el Volumen I de su libro: “Derecho Internacional Público”.

⁴ Barberis, Julio, op. cit., ps. 27 a 29.

la costumbre como una mera forma (prueba) de comprobar la existencia de otra norma jurídica. Con ese criterio se elaboró la definición del art. 38 inc. 2 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que se repite en el actual Estatuto de la CIJ, según el cual la costumbre es “la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

En el segundo caso, la costumbre es considerada como un procedimiento o un modo de formación de las normas jurídicas internacionales, ya sea porque se la equipara a un tratado tácito o porque se la admite como un método autónomo de creación de derecho. Si se tratara de un convenio tácito, los actos que constituyen la práctica consuetudinaria sólo podrían ser realizados por los órganos que tienen capacidad suficiente para obligar al Estado en el plano internacional. Sin embargo, la realidad muestra que existen normas consuetudinarias creadas mediante la práctica ininterrumpida y constante de órganos judiciales, legislativos y administrativos de los Estados que carecen del *treaty making power*.⁵

En cambio, la consideración de la costumbre como método autónomo de creación de derecho se debe a Kelsen, quien en 1939 completando su estudio sobre las fuentes del d.i. señalaba que el proceso consuetudinario de creación de derecho es un método distinto del de creación de tratados, o sea, que se trataría de un método autónomo de creación jurídica.⁶ Roberto Ago va más allá en su pensamiento, y llega a la conclusión que el derecho convencional tiene como fuente a la costumbre, pero que ésta carece de fuente, por lo que surge en forma espontánea y para demostrar su existencia basta constatar que tiene efectividad.

La costumbre es creada por la conciencia colectiva, por los miembros de una sociedad, o por el subconsciente o instinto social cuando se trata de una sociedad primitiva. En determinadas circunstancias los miembros de una colectividad reaccionan de la misma manera, como siguiendo una norma todavía no formulada, con la cual están de acuerdo de antemano. Es la obra común de los que la crean y de los que la obedecen. En el caso de la costumbre internacional pueden observarse ciertas transacciones espontáneas entre dos solidaridades superpuestas: la nacional y la internacional, de acuerdo a la conciencia de las necesidades sociales.⁷

⁵ Barberis, Julio, op. cit., p. 72.

⁶ Barberis, Julio, op. cit., ps. 69 a 78.

⁷ Scelle, 1944, p. 397.

En la costumbre pueden distinguirse dos elementos: uno material que constituye la repetición en el tiempo de una determinada conducta en situaciones análogas. Pero la simple repetición crea tan sólo una norma de cortesía, un simple uso, si no fuera acompañada por el otro elemento que es la conciencia de su obligatoriedad. Los sujetos que observan esa conducta deben estar convencidos de conducirse de acuerdo a una norma obligatoria.

Si falta este segundo elemento, o sea esta convicción, la norma carece de carácter jurídico y es tan sólo un convencionalismo social. Son de esta índole por ejemplo, las normas relativas al saludo que intercambian los buques que se cruzan en alta mar, las normas protocolares que se aplican cuando un nuevo embajador entrega las credenciales al jefe de Estado, etc. Sin embargo la conducta puede lograr con el tiempo la convicción de que es obligatoria, y entonces una norma de cortesía internacional se eleva a la categoría de norma jurídica.

b) *Formación*. La repetición debe ser continua durante un tiempo determinado que depende de la frecuencia con que se presente la mencionada situación; en todo caso no basta un solo precedente. En los casos dudosos son la jurisprudencia y la doctrina quienes comprueban la existencia de una norma consuetudinaria y su alcance temporal, espacial y sustancial. En cuanto a su contenido o alcance sustancial, cabe agregar que la norma puede imponer no sólo una acción positiva, sino también una abstención; en este último caso nos encontraríamos ante la llamada *costumbre negativa* (caso "Lotus").

Las normas pueden crearse por actos de diversa índole, multilaterales, bilaterales o unilaterales, como los actos de un gobierno frente a otro gobierno o frente a los ciudadanos de otro Estado. También puede contribuir a la creación de una norma consuetudinaria una cláusula de estilo que se repite en numerosos tratados internacionales. Pueden también surgir de normas internas (leyes, reglamentos, decretos, sentencias de tribunales internos o actos administrativos) relativos al d.i. En este sentido podría aceptarse la tesis de los neorrealistas norteamericanos Kaplan y Katzenbach según los cuales el d.i. es el resultado de un proceso realizado por los gobernantes (*decisión makers*).

En cuanto al alcance espacial, además de las costumbres universales, que son las únicas que menciona el art. 38 del Estatuto de la CIJ, hay también normas consuetudinarias particulares de distinta

índole, desde las regionales, como por ejemplo el derecho de asilo diplomático en América latina, hasta las bilaterales, como las normas vigentes en ciertas fronteras, o bien como las que otorgaban una servidumbre de paso a las colonias portuguesas en la India.

Benedetto Conforti,⁸ replantea el tema de los dos elementos constitutivos de la costumbre: la *praxis* y la *opinio iuris* que fuera cuestionada por los que sostienen que no se requiere el elemento subjetivo, que “no es más que el efecto psicológico de la existencia de la norma, presuponiendo que ésta ya se ha formado”. Coincidimos con el autor citado en que esta crítica resulta excesivamente purista y es rechazada por la jurisprudencia y por la práctica de los Estados,⁹ como surge de los fallos de la CIJ: “Plataforma Continental Túnez c/Libia”¹⁰ “Plataforma Continental entre Libia y Malta”¹¹ y el caso sobre “Actividades Militares y Paramilitares de EE.UU. contra Nicaragua”.¹²

Barberis a su vez, se detiene en el análisis de quienes pueden ser los autores de la práctica que forma parte de la costumbre, señalando a los órganos externos (Casos “Nottebohn” e “Interhandel”¹³) e internos del Estado (Casos de sucesión de Estados,¹⁴ caso *Lotus*¹⁵ y de los empréstitos suizos¹⁶), a las organizaciones¹⁷ y a los tribunales internacionales (Caso Alabama¹⁸), finalmente a los tratados internacionales (Opinión Consultiva sobre la OIT).¹⁹ En cuanto a la posibilidad de que las personas privadas sean creadoras de derecho consuetudinario internacional, la mayoría de la doctrina descarta esa posibilidad, sólo admitida en el caso del río Tachira entre Colombia y Venezuela.²⁰

⁸ Conforti Benedetto, “Derecho Internacional”, Ed. Zavalía, Bs. As., 1995, ps 49 a 60.

⁹ Ver “Plataforma Continental del Mar del Norte” CIJ, Recueil, 1969, ps. 76-78.

¹⁰ CIJ, Recueil, 1982.

¹¹ CIJ, Recueil, 1985, p. 17.

¹² CIJ, Recueil, 1986, p. 186.

¹³ CIJ, Recueil, 1955, p. 22 y CIJ, Recueil, 1959, p. 27.

¹⁴ CPJI, Serie B, n° 6, ps. 36 y 38, Serie A, n° 7, p. 42 y Serie A, n° 9, p. 27.

¹⁵ CPJI, serie C n° 13-II, ps. 180 y sgtes.

¹⁶ CPJI, Serie A n° 20/21, p. 12.

¹⁷ CIJ, Recueil 1949, p. 180.

¹⁸ CIJ, Recueil.

¹⁹ CPJI, Serie B n° 18, ps. 12 y 13.

²⁰ Estas costumbres han sido recogidas en Reglamentos locales. Ver desarrollo y comentario en Barberis, op.cit.

c) *Costumbre regional y local*. Algunos autores niegan la existencia de costumbres bilaterales y prefieren hablar de “convenciones tácitas”. Para José María Gamio,²¹ si admitimos que un rasgo diferencial esencial de la norma consuetudinaria respecto a la convencional lo constituye la aptitud de obligar, incluso, a quienes no la han consentido, la costumbre regional o local, en la medida que requiera el consentimiento del Estado obligado, no se trataría, en realidad, de una costumbre, sino de un *acuerdo informal* o quizás, más frecuentemente, de la aplicación de normas derivadas de otras fuentes del derecho internacional como son los principios generales del derecho. Este sería el caso del *stopel*.

d) *Derecho consuetudinario desde la perspectiva consensualista*. Según la doctrina occidental no es preciso que la norma consuetudinaria sea aceptada por la comunidad internacional entera; es suficiente que sea observada permanentemente por los Estados que se encuentran en situación de tener que aplicarla. De tal modo según la doctrina y la práctica judicial occidentales, las normas consuetudinarias son obligatorias también para los Estados recién formados.²²

Puede advertirse que en distintas épocas existe cierta predisposición por una de las ramas del derecho: en las épocas del autoritarismo, por el derecho público; en las épocas del liberalismo, por el derecho privado, y en las épocas en que predominaban las concepciones orgánicas de la sociedad, por el derecho de inordinación.²³

En el siglo XVIII se notó preferencia por el derecho de coordinación. En los siglos XIX y XX esa tendencia se extendió al derecho internacional. Algunos internacionalistas voluntaristas consideraron las normas consuetudinarias como “acuerdos tácitos”.

Entre los autores que refutan esta afirmación cabe citar a Scelle. La costumbre no es de origen gubernamental, no necesita aceptación ni reconocimiento por parte de los gobiernos para poder oponérseles, sino que se aplica *ipso facto* a todos los Estados por el solo hecho de caer dentro del ámbito de su aplicación espacial, incluso a los Estados nuevos (Caso de *Antelope*). Dicho sea de paso, en el concepto de

²¹ Gamio, José María, “Costumbre Universal y Particular”, en *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*, Montevideo, ROU, nov./94, p. 92.

²² Fue distinta la posición de la doctrina soviética: una norma consuetudinaria para que sea universal debe ser reconocida por cada Estado, por lo menos tácitamente.

²³ Conferencia de Luis Legaz y Lacambra en la Universidad de Belgrano el 11 de agosto de 1969.

“acuerdos tácitos” puede notarse tan sólo una actitud meramente doctrinal, sin ninguna clase de repercusiones prácticas.

Es distinto el consensualismo que se observó en la doctrina soviética y que fue formulado especialmente por Gregory Tunkin:²⁴ De acuerdo a este concepto, la norma consuetudinaria es válida tan sólo para los Estados que la aceptaron explícitamente. Desde ese punto de vista no hay diferencia entre las normas consuetudinarias y las convencionales, según opina expresamente Tunkin. Fundamenta su actitud en la tesis de que el derecho consuetudinario es la creación de los Estados burgueses occidentales, en cuya elaboración no tomaron parte los Estados asiáticos y africanos de reciente formación, ni siquiera los anteriores, que prácticamente quedaron reducidos a una situación de manifiesta inferioridad, de modo que apenas podían considerarse como auténticos sujetos activos de d.i.²⁵ Por lo tanto no es justo, según Tunkin, que los Estados asiáticos y africanos, antiguos, y con más razón los nuevos, y por otro lado los socialistas, observen normas consuetudinarias en cuya elaboración no participaron y que por lo tanto pueden ser perjudiciales para sus intereses.²⁶

La argumentación de Tunkin carece de fundamento. En el pasado, los Estados nuevos surgían por separado o bien en pequeños grupos (por ejemplo, los hispanoamericanos). Por lo tanto, podía fácilmente exigirse que ellos observaran todo el derecho internacional preexistente. La aparición masiva de nuevos Estados, en los años sesenta careció de precedente y, por lo tanto, se buscó en la doctrina una solución normativa que sería adaptada a esta situación que se produjo en la dimensión histórico sociológica.

Sin embargo las consecuencias prácticas de la señalada doctrina serían desastrosas. Cualquier norma consuetudinaria podría perder su

²⁴ Tunkin 1958, p. 95; otras opiniones análogas de los autores soviéticos, véase Brunner 1967, ps. 55-56. Esta posición de la doctrina es poco conocida por los internacionalistas occidentales incluso de indiscutible jerarquía. Por ejemplo según Joseph Kunz, “incluso los Estados comunistas reconocen la validez de las normas consuetudinarias generales del d.i.” (recensión del libro de Halajczuk “El orden internacional”, en *AJIL*-1969, ps. 737-738 . Sin embargo Kunz tiene una visión exacta acerca de la postura soviética ante el d.i., que expuso correctamente en 1954, v. 6/2, ps. 200-204.

²⁵ Véase N° 50.

²⁶ Esta tesis ha sido bien acogida en los círculos gubernamentales de Asia y Africa, lo que se ha manifestado en los debates en el seno del Comité Especial de las Naciones Unidas, encargado de los principios de d.i. referentes a las relaciones de amistad y de colaboración.

carácter universal, su obligatoriedad absoluta, y ser degradada a la jerarquía de una norma particular de un grupo, aunque sea mayoritario, de estados. De tal modo podría perder su vigencia, inclusive la norma *pacta sunt servanda* fundamento de todo el derecho convencional.²⁷

e) *El Ius Cogens*. 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. El art. 53²⁸ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que define la norma de *ius cogens*, sanciona con la nulidad todo tratado que en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Esta disposición se complementa con la del art. 64 de la Convención que dice: "Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo o terminará". A su vez el art. 66 inc. a, permite *el recurso unilateral* a la Corte cuando se suscite una controversia respecto a la nulidad de un tratado por oponerse al *ius cogens*.

Finalmente, el art. 103 de la Carta de la ONU establece que: "en caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las NU en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".²⁹

²⁷ Desarrolla esta opinión Halajczuk en 1964, v. 42/4. Llega a las mismas conclusiones Georg Brunner en una obra que publicó 3 años más tarde (1967, p. 56): considera que el concepto de Tunkin lleva forzosamente a la atomización del d.i. y amenaza su existencia.

²⁸ Art. 53: Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional genera (*ius cogens*). "Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, estén en oposición con una norma imperativa de d.i. general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de d.i. 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 d.i. general que tenga el mismo carácter."

²⁹ En concordancia con este criterio, el art. 30 de la Convención ya había establecido, al codificar la regla de que la norma posterior deroga a la anterior, que era una excepción a la misma la norma del art. 103 mencionada.

La práctica de los Estados nos lleva a considerar que “el respeto por los principios de la Carta de las Naciones Unidas” es una regla fundamental de la conducta que deben observar los Estados en la comunidad internacional, cuyo enunciado se reitera en las cartas constitutivas de otras organizaciones internacionales, y aún de las regionales.

Para precisar el tema hay que aclarar que la Convención de Viena, pese a que se refiere al “*ius cogens*” no lo define, y tampoco lo hace la mayoría de la doctrina, la que en cambio suministra ejemplos que saca de la Carta, como el referente a la obligación de abstenerse de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales (art. 2 párr. 4), que ya ha sido aceptado como de carácter consuetudinario por la CIJ en el caso: “Nicaragua vs. EE.UU.”,³⁰ o la obligación de respetar los derechos humanos (art. 1 párr. 3), o el principio de autodeterminación (art. 1 párr. 2). También son imperativas las normas sobre causas de nulidad y terminación de tratados, como la cláusula *rebus sic stantibus*, entre otros.³¹

B. Derecho convencional

a) *Concepto*. Tratado es todo acuerdo entre sujetos del d.i. destinado a producir efectos jurídicos.

Es la fuente más importante, por lo menos desde el punto de vista cuantitativo. Hoy en día pueden ser firmados no sólo por los Estados sino también por las organizaciones internacionales; en este último caso encuentran su fundamento en los llamados tratados institucionales u organizativos de las respectivas organizaciones firmados por los Estados miembros.

Antiguamente se solía clasificar a los tratados en: tratados-leyes y tratados-contratos. Según la opinión común, únicamente los tratados-

³⁰ CIJ, Recueil, 1986, ps. 98 y ss

³¹ El Tratado entre la URSS e Irán de 1921 permitía la intervención armada de la URSS en Irán en el caso que cualquiera de los dos Estados fuera amenazado. Dicha intervención no requería el previo consentimiento de Irán que ya estaba dado por el tratado, pero se oponía al principio establecido en el art. 2 párr.4 de la Carta. En otro ejemplo, para autores como Ronzitti y Conforti, las intervenciones humanitarias, no constituyen una excepción al art. 103, y por lo tanto no son legítimas. (Conforti, op.cit., p. 251).

leyes constituyen fuente de derecho interno, no así los tratados-contratos. En la actualidad pocos autores aprueban esta clasificación, especialmente los angloamericanos, pues existe gran dificultad práctica en calificar por su naturaleza jurídica un tratado.

b) Particularidades de los tratados. Existen tratados bilaterales, que establecen normas obligatorias solamente en las relaciones entre los dos Estados; tal es, por ejemplo, el caso de los tratados de extradición. En cambio los convenios multilaterales, universales o regionales, como los que se concluyen bajo los auspicios de la ONU o de la OEA, están estrechamente vinculados con el proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, y se negocian y firman en conferencias internacionales.³²

Recién desde el momento en que queda depositado un *mínimum* de instrumentos de ratificación, previsto en el propio texto convencional, el tratado ley entra en vigor, primero entre los que realizaron el canje y luego entre los demás signatarios a medida que depositan sus instrumentos. Algunos tratados leyes recogen un número reducido de ratificaciones, de modo que no logran la universalidad a la que aspiran y otros no reúnen el mencionado *mínimo* y nunca entran en vigencia.

Tal suerte corrió, por ejemplo, el XII Convenio firmado en La Haya en 1907, que estipulaba la instauración de una Corte Internacional de Presas Marítimas. Lo mismo ocurrió con la Carta de Bogotá de 1948, que fuera cuidadosamente elaborada, y que establece todo un sistema hermético de procedimientos para la solución de los litigios, entre los Estados americanos.

c) Codificación. La conversión sistemática de normas consuetudinarias en convencionales se llama codificación. En el orden internacional esta tarea comenzó en el siglo pasado; algunas materias del d.i. fueron ampliamente codificadas, como el derecho de la guerra sobre todo en las dos conferencias de La Haya de 1899 y 1907 y en la de Ginebra de 1949.

La codificación figuró entre las tareas de la Sociedad de las

³² Especialmente en la última: no es el canje de los instrumentos de ratificación sino su depósito en un determinado lugar. En el pasado los signatarios los depositaban en el Ministerio de Relaciones Exteriores del país de reunión de la respectiva conferencia; ahora se los deposita en principio en la Secretaría General de la ONU o de la OEA.

Naciones, que convocó a una conferencia con tal objeto en La Haya en 1930. Pero este intento fracasó, al debatirse temas dominados por la política y por la organización defectuosa del mecanismo técnico de consulta. Prosigue esta obra la Organización de las Naciones Unidas (art. 3º de la Carta), la que creó en 1947 un órgano especializado que es la Comisión de Derecho Internacional (CDI). Esta comisión elabora proyectos de convenios, consultando a los gobiernos y a los organismos internacionales. Cuando un proyecto está listo, la codificación entra en vigencia bajo la forma de un tratado multilateral.³³

Bajo los auspicios de la ONU han sido celebrados numerosos tratados, previamente estudiados por la Comisión de Derecho Internacional,³⁴ que constituyen una importante codificación del d.i., entre los cuales cabe citar:

1. Convenciones sobre el Derecho del Mar y Protocolo de firma facultativo (todos firmados en Ginebra en 1958):

2. Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y protocolos facultativos (1961):

a) Convención sobre privilegios diplomáticos; b) Protocolo facultativo sobre adquisición de nacionalidad; c) Protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias.

3. Convención para reducir los casos de apatridia (N. York, 1961).

4. Convención de Viena sobre relaciones consulares y protocolos de firma facultativa (1963):

a) Convención sobre relaciones consulares; b) Protocolo de firma facultativo sobre jurisdicción obligatoria para la solución de controversias.

A esta lista cabe agregarse la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las Convenciones sobre Sucesión de Estados, etc. Por otra parte, la ONU también codificó los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, los Convenios de Ginebra sobre Derecho de la Guerra, los Protocolos de Ginebra de 1977, y otros más.

d) Relaciones entre el derecho consuetudinario y el convencional. La

³³ La Comisión de Derecho Internacional y su obra, publicación de los Servicios de Información de la ONU, New York, 1967, ps. 7-20.

³⁴ *Ibidem*, ps. 67-191.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados nada dice respecto a la prevalencia de una norma consuetudinaria sobre un tratado anterior, pero el derecho internacional general, a través de la jurisprudencia si admite que una costumbre modifique o derogue un tratado anterior.³⁵ Además se ha flexibilizado la forma de interpretar o analizar la relación existente entre el derecho consuetudinario y el convencional. Ya no se formula con parámetros rígidos la distinción entre normas consuetudinarias y convencionales, ya que “una norma contenida en un tratado puede ser o llegar a ser, una norma consuetudinaria”.³⁶

La Comisión de Derecho Internacional (AG) de la ONU ha contribuido enormemente a la proliferación de convenios multilaterales. Su trabajo se integra con las observaciones que formulan los Gobiernos a sus proyectos, los que le son girados por el Secretario General de la ONU. Los proyectos ya redactados son analizados por la 6ta comisión de la AG de la ONU donde son nuevamente debatidos antes de ser tratados en la AG. Es decir que las normas son prácticamente consensuadas antes de entrar en vigencia, método al que acompaña una práctica efectiva anterior a la adopción del convenio. Esta modalidad lejos de ir en detrimento del derecho consuetudinario, le da mayor peso porque acelera su ritmo de evolución.

Una situación diferente se produce si un tratado que codifica derecho consuetudinario termina, o si un Estado parte lo denuncia, ¿continúan vigentes las costumbres anteriores? Para la CIJ en el caso de las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua (Nicaragua vs EE.UU.³⁷), si dos o más Estados están vinculados por normas consuetudinarias y por normas convencionales del mismo contenido que aquellas, ambas son válidas y ambas se aplican a un caso concreto. En cambio para Barberis, si se presenta un litigio se aplica sólo el derecho convencional, pero si éste resulta inaplicable por una razón jurídica, se aplica el derecho consuetudinario. Es decir que siempre se aplica una norma en cada caso concreto.³⁸

³⁵ Sentencia arbitral sobre la Plataforma Continental entre Gran Bretaña y Francia, del 30-6-1977.

³⁶ Jiménez de Aréchaga, Eduardo: "El Derecho Internacional Contemporáneo", Ed. Tecnos, Madrid, 1980, p. 18.

³⁷ CIJ, Recueil, 1986, p. 95.

³⁸ Barberis, op. cit., p. 122.

El proceso de codificación ha sido objeto de análisis en numerosos fallos de la CIJ, como se advierte en el caso de los rehenes (EE.UU. vs Irán³⁹), donde al referirse a las disposiciones sobre inmunidad y privilegios de los agentes diplomáticos contenidas en las Convenciones sobre Derecho Diplomático y Consular de Viena 1961 y 1963, consideró que se trataba de una codificación del derecho internacional.

Para Jiménez de Aréchaga las decisiones de la CIJ de las últimas décadas han reconocido a los convenios generales adoptados en las conferencias de codificación importantes efectos en relación con la formación del d.i. consuetudinario, los que pueden clasificarse como: declarativos, cristalizadores y constitutivos.

El 1er. caso se da cuando la norma convencional es la *expresión escrita de una norma consuetudinaria ya existente*, como es el caso de la terminación de los tratados a causa de su violación (art. 60 de la Convención del Viena/69). Así lo interpretó la CIJ en el Dictamen Consultivo sobre Namibia, y en el Asunto del Consejo de la OACI entre la India y Pakistán.⁴⁰ La terminación de los tratados por un cambio fundamental de las circunstancias (art. 62 de la Convención de Viena/69), fue objeto de pronunciamiento en los casos de las Pesquerías Islandesas "...un cambio fundamental en las circunstancias que determinaron que las partes aceptaran el tratado, si produce una modificación radical del alcance de las obligaciones en él establecidas, puede otorgar a la parte afectada, si se dan ciertas condiciones, una causa para alegar la terminación o suspensión del tratado".⁴¹ En el mismo fallo, la Corte dijo que "...el art. 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, puede considerarse en muchos aspectos como una codificación del derecho consuetudinario existente en materia de terminación de una relación convencional a causa de un cambio en las circunstancias".

El 2do. caso, el efecto *cristalizador*, fue caracterizado por la CIJ en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, que aplicó el concepto al derecho de los Estados sobre la plataforma continental, que era antes de la Conferencia del Mar de 1958 un derecho consuetudinario en vías de formación que cristalizó con la adopción por la Conferencia de la Convención sobre la plataforma convencional, fundamentalmente en lo que hace a su noción y a los derechos de los

³⁹ CIJ, Recueil, 1980, p. 31.

⁴⁰ CIJ, Reports, 1971, p. 47 y CIJ, Reports, 1972, p. 67.

⁴¹ CIJ, Reports, 1973, p. 18.)

Estados sobre ella, no así en cambio a su delimitación (art. 6 de la Convención/58).⁴²

El 3er. efecto, que es el *generador* fue reconocido por la Corte en el caso de Pesquerías Islandesas, con relación a dos conceptos generados en la Conferencia del Mar de 1960, que se convirtieron en derecho consuetudinario: a) el concepto de zona de pesca, en cuyo interior un Estado puede reclamar derechos exclusivos de pesca, y b) derechos de pesca preferentes en las aguas adyacentes en favor del Estado ribereño dependiente de sus pesquerías costeras.⁴³ Cabe advertir que “la cuestión no depende del éxito o del fracaso de una determinada propuesta...Depende de la propia naturaleza de la disposición, de si posee o no un carácter generador de normas, y sobre todo, de si los Estados han seguido o no la disposición o propuesta como modelo o guía para su conducta posterior uniforme”.⁴⁴ Se debe señalar que los conceptos de zona de pesca y de derechos preferentes han sido reemplazados o incorporados en la noción de Zona Económica Exclusiva —ZEE— que comprende 200 millas, y que se adoptó en la 3ra. Conferencia del Mar. Pero cuando la Corte tuvo que decidir en el asuntos de las Pesquerías Islandesas, en 1974, esta evolución todavía no había concluido.

Se considera que se prestan a la codificación las materias en que no hay mayores discrepancias e intereses políticos, económicos u otros, como por ejemplo el derecho de alta mar, el diplomático, los procedimientos relativos a la conclusión de los tratados internacionales.

La distinción entre la codificación y el desarrollo progresivo es en cierto grado controvertida; incluso no faltan autores que la niegan.

Las ventajas de la codificación son evidentes: se disipan dudas en cuanto a la existencia de una norma y en cuanto a su alcance sustancial y espacial; pero también hay que tener en cuenta ciertos inconvenientes. Primero: durante una conferencia codificadora normalmente se manifiesta la tendencia a recoger el mayor número posible de firmas y por lo tanto se sacrifica por la universalidad la integridad del respectivo convenio.⁴⁵ De tal modo son prácticamente los más recalitrantes los

⁴² (CIJ, Reports, 1969, p.38. Véase también Pesquerías entre el Reino Unido e Islandia, CIJ, Reports, 1973, p.14

⁴³ CIJ, Reports, 1974, ps. 23 a 25.

⁴⁴ Jiménez de Aréchaga, op.cit., p . 26.

⁴⁵ Analizó esta disyuntiva Halajczuk en 1960 N° 1 y 2) bajo el título “Les conventions multilaterales entre l’universalité et integrite”.

que determinan en último término, el contenido de la codificación. Segundo: a veces se olvida que la codificación tan sólo perfecciona la técnica de una norma que en el momento de ser codificada cobra una mayor nitidez y otras ventajas que hemos mencionado, pero no tiene por qué perder su validez de norma universal. y por lo tanto sigue siendo válida también para los estados no firmantes. Sin embargo la codificación implicó, prácticamente, este peligro. Por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial, el Tercer Reich quitaba a los prisioneros de guerra soviéticos el derecho a la protección internacional con el pretexto de que la URSS no había firmado el respectivo convenio de 1929, en Ginebra. Sin embargo la protección de los prisioneros de guerra era una norma de derecho consuetudinario previa a toda codificación.

En lo que va desde 1972 (1ª edición) a la fecha (1998) se ha producido un considerable avance en la codificación de temas del d.i., en la formulación del desarrollo progresivo del d.i. y en el desprendimiento de disciplinas ahora autónomas originadas en el d.i. Como ejemplo de codificación mencionamos: la Convención de Montego Bay de 1982 sobre el Derecho del Mar que entró en vigencia en 1994 y que contiene normas de codificación y de desarrollo progresivo; las convenciones de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), y sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (1988). Son ejemplos del segundo supuesto, la formación del Derecho Espacial o la del Derecho Ambiental, que se han implementado en numerosos tratados, lo que pone en evidencia que pese a su especificidad temática las fuentes jurídicas de estas nuevas ramas del derecho son de carácter internacional. En cuestiones ambientales se han celebrado a consecuencia de la Cumbre de la tierra de 1992 dos convenios: la Convención sobre Diversidad Biológica y el Tratado Sobre Cambio Climático.

Los Derechos Humanos han dado lugar a un acelerado proceso de codificación y creación de normas. En los últimos 20 años se firmaron: la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990).

C. Principios generales del derecho

a) *Lo cierto y lo controvertido*. El artículo 38 considera como fuente formal “los principios generales del derecho reconocido por naciones civilizadas”. Ya en 1936 este último adjetivo fue criticado por Kopelmanas⁴⁶ por carecer de precisión jurídica. Después de la descolonización, esta expresión se considera como una ofensa gratuita a las naciones africanas recientemente emancipadas.

Se trata de la fuente más controvertida del d.i., tanto por su vigencia jurídica como por su contenido. En cuanto a la vigencia, algunos autores no la consideran como una fuente porque no constituye una manifestación de la voluntad de los Estados, expresa y ni siquiera tácita, además no hay coincidencia en cuanto a su naturaleza.

Los iusnaturalistas consideran como un triunfo para su doctrina el hecho de la incorporación de los principios como fuente autónoma; otros como una mera aplicación de la técnica de analogía. Otros autores les quitan esta autonomía por distintos motivos: consideran que ellos no son más que principios consuetudinarios; así opina por ejemplo Scelle, Cavalieri, Guggenheim. Por fin los demás los consideran de acuerdo al art. 38 como una auténtica fuente autónoma.

Cabe recordar que esta fuente no fue incluida en el estatuto de la Corte en forma arbitraria, ni como expresión de una orientación doctrinal, sino en virtud de una práctica arbitral. Sabemos que mucho antes de la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional ya existía el arbitraje, que también es una forma de solución jurisdiccional de los litigios. Ahora bien, desde hace mucho tiempo, numerosísimos árbitros citaban en la fundamentación de sus sentencias los principios generales del derecho, del derecho a secas y no del d.i., porque al llegar a una situación en la que falta una norma convencional y consuetudinaria, tal solución se impone como una necesidad irreductible. De modo que una amplia práctica arbitral fundamenta la inclusión de los principios generales del derecho en la clasificación de las fuentes del derecho internacional. Para Barberis el texto del art. 38 inc. 3 del Estatuto de la CPJI era una descripción adecuada del d.i. vigente.⁴⁷

b) *Principios generales*. Es necesario diferenciar los principios generales de derecho de los principios generales del d.i. Estos últimos son las normas fundamentales del derecho de gentes, tienen un origen

⁴⁶ Kopelmanas, 1936, ps. 385 y sig.

⁴⁷ Barberis Julio, op. cit., p. 230.

consuetudinario, y por lo tanto se hallan previstos por el art. 38 inc. 1 b) del Estatuto de la CIJ. como es el principio de la libertad de los mares. Tienen aplicación supletoria, y para identificarlos se puede recurrir a las características de su origen o contenido, como propone Barberis: a) por la generalización de normas jurídicas pertenecientes al derecho interno como lo reconoce la jurisprudencia,⁴⁸ b) por el reconocimiento que les hace la generalidad de los miembros de la comunidad internacional.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza esta característica en los casos contra Honduras,⁴⁹ en donde reconoció que en los países angloamericanos se fijan indemnizaciones cuyos montos tienen propósitos ejemplificadores pero afirmó que ese principio no era aplicable en el derecho internacional, por la falta de generalidad en su reconocimiento, por la transferibilidad de los órdenes jurídicos internos al d.i., lo que no puede ocurrir si la norma interna resulta incompatible con normas de d.i. ya existentes. En las dos últimas décadas la formación de principios generales de derecho ha cobrado nuevo vigor debido a los convenios entre Estados y empresas denominados "convenios cuasi-internacionales", que se hallan regidos por el derecho internacional. Estos acuerdos tienen generalmente por objeto cuestiones para las que no existe un régimen específico en el derecho de gentes y que guardan similitud con el derecho privado. Por esta razón, los principios generales de derecho resultan aplicables a este tipo de acuerdos.⁵⁰

Los primeros son comunes a todo orden jurídico y se encuentran bien desarrollados en el d.i.; ellos son 1. buena fe; 2. equidad; 3. prohibición del abuso del derecho; 4. prescripción; 5. *Res iudicata* (cosa juzgada); 6. obligación de reparar; Algunos agregan además: indemnización; enriquecimiento sin causa; *Rebus sic stantibus* (siendo así las cosas); *Audiatur et altera pars* (que sea oída también la otra parte).

Según algunos autores como Miaja de la Muela, únicamente *los principios generales de orden formal son aplicables al d.i. y no los sustanciales*, cuyo contenido es específico a la respectiva rama del derecho. Son de índole formal todos los principios enunciados más arriba. En efecto sería difícil imaginarse el funcionamiento de un orden cualquiera que no observe, por ejemplo, el principio de buena fe o bien el de *audiatur et altera pars*.

⁴⁸ CIJ, Recueil, 1970, p. 66.

⁴⁹ CIDH, Serie C Nº 7, p. 24, Serie C, Nº 8, p. 21.

⁵⁰ Barberis, Julio, op. cit., p. 146.

En muchos manuales y tratados se nota cierta tendencia a exagerar la aplicación de los principios generales por la CIJ y los árbitros. En realidad esta aplicación no es muy generosa según demuestran Guggenheim⁵¹ y autores posteriores

c) *Principios del d.i.*. Son de otra índole los principios del d.i., cuya validez queda limitada a este orden jurídico. Los distintos autores discrepan en cuanto a su contenido, por ejemplo, según Jaenicke: 1. independencia; 2. igualdad; 3. obligación de reparar; 4. principios formales de interpretación. Según G. Schwarzenberger: 1. soberanía 2. reconocimiento; 3. consentimiento; 4. buena fe; 5. autodefensa; 6. responsabilidad internacional; 7. libertad de los mares. Según Georg Brunner: 1. independencia; 2. igualdad; 3. autoconservación; 4. derecho a la comunicación y al comercio; 5. derecho al respeto y el honor.

No encontramos en ninguna de estas enumeraciones el principio de efectividad⁵² cuyo alcance en el d.i. queda exento de toda duda, según lo demuestra Kunz.⁵³

Algunos de los mencionados principios coinciden con ciertos derechos fundamentales de los Estados, los que serán considerados en la respectiva sección. Quizás podrían aceptarse como principios del derecho consuetudinario, en contraposición a los auténticos principios generales del derecho.

d) *Repercusión del pluralismo jurídico*. Existen discrepancias entre los derechos nacionales occidentales, respecto a algunos principios del derecho, sobre todo entre los del sistema continental y los del anglosajón. Georg Brunner⁵⁴ enumera algunos principios exclusivos de Inglaterra: *frustration of contract*; Francia: *révision du contrat*; Alemania: *Wegfall der Geschäftsgrundlage* o sea la desaparición del fundamento del negocio, reemplazado por la *cláusula rebus sic stantibus*.

⁵¹ Guggenhwim, 19534, v. 2, ps. 154-157; Barberis, op. cit.

⁵² Schwarzenberger, 160, t. 1, ps. 38 y sig. Brunner, 167, ps. 60-61. Reuter (1962, ps. 87-88) se limita a citar algunos ejemplos de principios generales, comprobados por la jurisprudencia: a) Un Estado no puede ser obligado a aceptar el arbitraje, como en el caso *Ambatielos*; b) Consideraciones humanitarias; c) Libertad de comercio; d) Obligación de impedir que el territorio nacional sea utilizado para actos violatorios de derechos de otros Estados.

⁵³ Kunz, 1952, ps. 352 y sig. 249 y sig. 553 y sig. Rousseau, 1966, pár. 303-304 [adquisición del territorio (786) bloqueo]; Reuter, 1962, ps. 74, 88, 106, 152, 154, 205, 336; Halajczuk, 1963.

⁵⁴ Brunner, 1967, p. 58.

Son mayores las diferencias con el derecho islámico, sobre todo por su carácter sacral, que limita la oponibilidad de la efectividad a las normas éticas. No existe, en el derecho civil musulmán, la prescripción en sentido propio, sino tan sólo la pérdida de la acción recuperatoria (como sanción al propietario negligente). Pero el derecho musulmán comparte con el occidental la institución del proceso. Es distinto el caso del derecho chino tradicional, que de acuerdo a Confucio, considera como supremo valor la armonía y no la justicia, por lo tanto trata el litigio (por ende también la institución del proceso) como algo malo, incompatible con las buenas costumbres.⁵⁵

En su *Derecho común de la humanidad* de 1958, Jenks trata de demostrar que los grandes principios del derecho son comunes para todo el mundo. Sin embargo desarrolla su tesis, que es muy compleja, sin un enfoque metodológico suficientemente cuidadoso. Habla de derecho angloamericano, derecho latinoamericano, derecho chino, etc. Pero previamente no realizó ninguna clasificación de estos órdenes jurídicos; por ejemplo, no se preguntó si existe verdaderamente un derecho latinoamericano que sea distinto del derecho europeo continental. Por ello no es de extrañar que Jenks llegue a una serie de conclusiones equivocadas.

Hay que tener en cuenta sin embargo que entre los sistemas jurídicos propios de algunas civilizaciones antiguas, existen grandes diferencias, inclusive en lo formal.⁵⁶

En lugar de los principios generales de los pueblos civilizados sería más correcto hablar de los principios generales del derecho occidental, en parte aceptados por otras culturas durante los siglos XIX y XX, ya sea durante la dominación colonial, ya sea por decisión voluntaria.

D. Equidad

De acuerdo al artículo 38, párrafo 2, del estatuto de la CIJ, ésta puede solucionar un litigio *ex aequo et bono* (equitativamente), pero únicamente si las partes así lo convienen. Para algunos tratadistas⁵⁷ este término es equívoco, pero la doctrina lo identifica con la equidad. La propia CIJ (como su predecesora, CPJI) no tuvo todavía ninguna

⁵⁵ Halajczuk, 1950, 181-191, con referencias bibliográficas.

⁵⁶ Halajczuk 1971, capítulo. 1º (Pluralismo cultural) y 2º (Pluralismo jurídico).

⁵⁷ Scelle, 1944, p. 407.

oportunidad para interpretar el aludido término, porque hasta ahora en ningún litigio las partes autorizaron a la Corte a fallar *ex aequo et bono*, pero tuvo cierta aplicación en la práctica arbitral.

Ni la doctrina, ni la jurisprudencia internacional han llegado a un acuerdo sobre el contenido de la noción de equidad; en algunas decisiones se ha confundido con los principios generales del derecho. Tampoco hay unanimidad acerca del alcance de la terminología que emplea el derecho convencional.

A pesar de esta incertidumbre pueden deducirse algunos principios acerca de la función de la equidad, según el derecho convencional y las sentencias arbitrales. En el d.i. la equidad tiene una triple función, porque su acción frente al derecho puede ser correctiva, supletoria o derogatoria.

La primera de estas funciones es la de corregir el derecho positivo en casos en que su aplicación resulte demasiado rigurosa; se trata de atenuar las consecuencias excesivas del *summum ius* (máximo derecho) que puede ser *summa injuria* (máxima injusticia). Esta función se realiza, por lo general, insertando en los compromisos de arbitraje o en los convenios de reclamaciones la cláusula *ex aequo et bono*, que autoriza al árbitro a resolver el litigio de acuerdo a la equidad. Faculta al árbitro a conceder al Estado perjudicado una indemnización en los casos en que, según el derecho estricto, no existe un verdadero deber jurídico de reparación.

Por otro lado la equidad ejerce también una función supletoria: llena las lagunas del derecho positivo y de tal modo tiene el carácter de fuente supletoria del d.i. Según algunos autores⁵⁸ tal sería el sentido del párrafo 2º del artículo 38 del Estatuto de la CIJ. La equidad es aplicable también en el silencio de las disposiciones del d.i., por ejemplo en los conflictos de límites, o en el arreglo de los conflictos políticos por vía arbitral.

La última función de la equidad es la más discutida: ¿es posible obtener a través de la equidad una solución *contra legem*? La doctrina está dividida y los elementos que proporciona la práctica no facilitan la solución. Algunas resoluciones internacionales admiten la posibilidad teórica de resolver un conflicto *ex aequo et bono*, pero no se reconoce ni una sola sentencia que haya resuelto un conflicto entre Estados

⁵⁸ Como Rosseau, 1966, pág. 96.

mediante un fallo que se halle en abierta contradicción con el derecho positivo.

En los últimos veinte años la equidad ha tenido una mayor participación en la formación del d.i. y en su aplicación. Tanto la práctica de los Estados como la jurisprudencia han reconocido que existe una dimensión equitativa en el d.i., una aplicación concreta de esta fuente la ejerció la CIJ en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte en 1969. En la década del 80 se dieron los casos de la Plataforma continental entre Túnez y Libia de 1982 y el caso de la delimitación de la Plataforma Continental entre Libia y Malta de 1985. En este último caso la Corte estableció que debían tomarse en consideración aquellas circunstancias que presentaran una conexión jurídica substancial con el espacio objeto de delimitación.⁵⁹ Es decir que la aplicación del principio de equidad se dio particularmente con relación a la delimitación de espacios marítimos. Para el profesor español Justo Ruiz el contenido de la regla de la delimitación equitativa comprende tres elementos:

a) *la obligación de lograr un acuerdo equitativo: este requisito se desarrolló especialmente en la sentencia relativa al Golfo de Maine de 1984 en donde se dijo que la delimitación no debería hacerse en forma unilateral por los Estados sino como resultado de un acuerdo o negociación, el que debe amoldarse a las exigencias del d.i. conforme lo disponen los art. 74 y 83 del Convenio del Mar de 1982. Según la jurisprudencia del caso de la plataforma continental entre Tunes y Libia ese acuerdo delimitador debe tener un contenido equitativo.*

b) *obligación de aplicar parámetros equitativos: las sentencias que se han referido a este tema lo han hecho de manera amplia hasta que en el caso Tunes c/Libia se ha circunscripto a la expresión "circunstancias pertinentes". En el caso Libia y Malta se siguió el mismo criterio restrictivo.*

c) *métodos prácticos de delimitación en el caso de la sentencia Tunes c/Libia se reconoció que en d.i. no existe un método de delimitación único y obligatorio. Inclusive la línea de la equidistancia que se creyó por momento como una norma de d.i. general no ha tenido continuidad en su aplicación después de la sentencia de 1969 en el asunto de la plataforma del mar del Norte. En los casos más recientes de jurisprudencia se manifiesta la tendencia a la sectorialización de las*

⁵⁹ CIJ Recuil, 1985, citado por Justo Ruiz en "Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional", Tº 9, Madrid.

zonas objeto de delimitación lo que ha permitido la utilización de distintos métodos prácticos en un mismo caso, como ocurrió en el asunto Libia vs. Malta.

Puede concluirse que en un creciente número de casos, la equidad ha pasado a formar parte del d.i. positivo como un elemento normativo autónomo integrado en la formulación misma de la regla. Esta es la nueva dimensión de la "equity with in the rules" o "selon les textes" que está adquiriendo una proyección creciente en el actual Derecho Internacional y que se manifiesta sobre todo como elemento medular de la regla de la delimitación equitativa de los espacios marítimos entre Estados vecinos.

E. Fuentes que emanan de las organizaciones internacionales

Las resoluciones de la Asamblea General de la ONU cobran vigencia normativa indiscutible por medio de los convenios multilaterales.

Sin embargo algunos autores imputan esta validez a resoluciones de la AG sin necesidad de su formulación a través de tratados.⁶⁰

Pero no podría ejercer el poder legislativo una Asamblea donde millones de hindúes o los doscientos millones de norteamericanos tiene una representación paritaria con los trescientos mil luxemburgueses. Un autor tan competente en la materia como Jiménez de Aréchaga no hace ninguna alusión a las competencias legislativas de la Asamblea General en su libro sobre la ONU.⁶¹

Pero estas organizaciones tienen sólo una facultad limitada para tomar decisiones vinculantes, constitutivas de derechos y deberes

⁶⁰ La idea parece atractiva como un paso decisivo hacia una efectiva organización internacional mediante la superación del consensualismo fundado en el concepto de soberanía nacional. Sin embargo creer que esta finalidad podría lograrse mediante la creación de esta nueva fuente del d.i. sería caer en un juridicismo. Consideramos que la ampliación de las competencias de la AG según la idea de Alejandro Alvarez, otorgaría a la ONU un rasgo federal y por lo tanto se plantearía el problema de la reestructuración de los órganos. La Asamblea tendría que transformarlo, por ejemplo, en un órgano bicameral según el modo de los Estados federales, o encontrar algún otro modo de adaptación del principio de la representación proporcional a la población de los Estados miembros.

⁶¹ Jiménez de Aréchaga: *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, 33 Vellas, 1967, ps. 207-216.

subjetivos y menos aún para crear un derecho objetivo, reglamentario o legislativo.

Luego Pierre Vellas,⁶² distingue tres clases de facultades en las organizaciones internacionales sobre esta materia: a) poder constituyente, que les permite crear nuevas instituciones; b) poder reglamentario orgánico, la competencia de establecer los procedimientos de trabajo, estatutos de funcionarios, presupuesto de las organizaciones y otras competencias semejantes; c) poder reglamentario funcional, que es bastante amplio pues, según observa el citado autor, los Estados, muy recalcitrantes en materia política, otorgan a las organizaciones internacionales extensas competencias en materia económica, social, etc., cediendo ante necesidades ineludibles de la administración internacional (citando como ejemplo el poder reglamentario de la OMS, OMM, OACI, y la facultad del Consejo de Organización y Desarrollo Económico, que puede tomar decisiones que los miembros ejecutarán en la práctica, aunque ellas no sean ratificadas); d) además las organizaciones a veces califican de directivas las decisiones obligatorias a fin de no suscitar la susceptibilidad nacional.⁶³

F. Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales

Las declaraciones de principios jurídicos contenidas en las relaciones de la Asamblea General pueden llegar a tener valor y eficacia de normas positivas. Si sólo se admitiese como fuentes de d.i. a las señaladas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, habría que pensar que el fundamento de lo expuesto radica en la costumbre internacional. Hoy en día, la AG de la ONU brinda un foro universal en donde los Estados pueden expresar la *opinio iuris* colectiva, como elemento psicológico de una costumbre, que en consecuencia se forma a ritmo rápido atendiendo las exigencias de democratización y socialización de los tiempos modernos. La práctica general de los Estados y de la propia ONU, demuestra la existencia de una norma consuetudinaria de origen institucional que consagra el derecho de los pueblos a su libre deter-

⁶² Vellas, 1967, ps. 207-216.

⁶³ Entre los autores muy inclinados a la ampliación de las fuentes del d.i. cabe mencionar a Alejandro Alvarez. Además de la ONU reclamaba también para la CIJ la competencia de crear nuevas fuentes y por otro lado admitía una categoría nueva de las normas creadas espontáneamente. (Véase Halajczuk, 1966, v. 19/3.).

minación. Norma que tiene carácter de “*ius cogens*” en el sentido de los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derechos de Tratados.

En la variada bibliografía existente sobre el tema de las fuentes del d.i., se han ocupado de analizar las resoluciones de las organizaciones internacionales algunos autores como Castañeda, Skubiszewski, Barberis, Conforti, Rey Caro y otros. Castañeda opina que algunas resoluciones pueden ser creadoras de d.i., pero no son fuente autónoma y distinta del derecho de gentes,⁶⁴ mientras que para Skubiszewski, constituyen fuente autónoma.⁶⁵ Barberis coincide con esta última posición, pero condiciona la calificación de fuente creadora de d.i. al cumplimiento de ciertas características esenciales: a) deben ser la manifestación de voluntad de una organización internacional con capacidad suficiente, o sea quedan excluidos otros sujetos del d.i. y las ONG;⁶⁶ b) una manifestación de voluntad no condicionada al consentimiento de otro sujeto de d.i., ya que se trata de un acto unilateral de la organización, y el tratado constitutivo de la misma brinda el fundamento de validez a esas resoluciones;⁶⁷ c) una manifestación de voluntad tendiente a crear una regla de derecho en el orden internacional, a través de la cual se tienda a modificar o a definir ciertos conceptos a nivel internacional (prescripciones o proposiciones definitorias);⁶⁸ d) una manifestación de voluntad regida por el derecho de gentes, ya que puede haber situaciones en las que haya que determinar si es aplicable la resolución, el d.i. o sólo el tratado constitutivo de la entidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la causa “Neira Alegría y otros c/Perú” se fundó no sólo

⁶⁴ Castañeda, Jorge, “Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas”, México, 1967, p. 5.

⁶⁵ Skubiszewski, “A New Source of the Law of Nations: Resolutions of International Organisations”, en *Recueil d'études de droit international en homenaje a Paul Guggenheim*, Genève, 1968, ps. 508 y sgtes.

⁶⁶ Se trata de resoluciones adoptadas dentro de las competencias de la organización, lo que comprende no sólo las facultades que le otorga el tratado constitutivo, sino los poderes implícitos esenciales para el ejercicio de sus funciones, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia internacional (CIJ, *Recueil* 1949, *Recueil*, 1954 y *Recueil*, 1962).

⁶⁷ Hay que diferenciar las resoluciones como actos unilaterales de la organización del “contracting out” por el cual la organización comunica una resolución a los Estados miembros, los que pueden aceptarla o rechazarla, por lo que el fundamento de la validez jurídica de esa resolución es convencional.

⁶⁸ Las proposiciones prescriptivas o definitorias, constituyen reglas de derecho.

en la convención específica, sino en las normas del d.i. general, haciendo propio el argumento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos según la cual, las resoluciones de una organización internacional están regidas por el tratado constitutivo y por las demás normas del d.i. general.⁶⁹

G. Nuevas formas de gestación de fuentes internacionales

Voluntad normativa transnacional que genera obligaciones normativas estatales e internacionales. El tema del medio ambiente es el detonador de este nuevo proceso. La protección ambiental, el desarrollo autosostenido, la problemática ecológica, no nació de la voluntad de los Estados, ni de la voluntad supranacional, sino que tiene origen transnacional.

En el caso de los derechos humanos, la aplicación práctica se debe más a la actuación de las ONG que a la voluntad estatal. Deberíamos decir que gracias a la defensa transnacional es que los derechos humanos fueron protegidos en Estados manejados por gobiernos dictatoriales o por pseudodemocracias.⁷⁰

En materia financiera, el control de la unidad monetaria lo tienen los Estados pero no el flujo *financiero*: (deuda, inversiones, bolsa). Este último es manejado fundamentalmente por la banca (de origen transnacional), como tal o como gestora de las administradoras de fondos de pensión (por ejemplo las AFJP argentinas; los fondos de seguros, los fondos de fideicomiso). El *comercio*, debido a la OMC todavía presenta un "control internacional".

Internacionalización de las normas federales: Esta situación se da con la ley Helms-Burton, la iniciativa 187, y la iniciativa 209 del Gobierno de California; entre otras, porque EE.UU. intenta internacionalizar su normativa federal. La iniciativa 187 del Gob. de California, que se ha federalizado y tiene aplicación a nivel nacional, sanciona a

⁶⁹ Caso "Neira Alegría y otros c/Perú", Revista IIDH Nro. 14, ps. 227 y sgts.

⁷⁰ Por ejemplo, en la evolución de los derechos de la mujer, es más fácil que una ONG se oriente a la satisfacción plena de sus derechos y aspiraciones que el Estado nacional al que pertenece. Existe mayor vinculación de intereses entre mujeres de diferentes nacionalidades que entre la mujer de una nacionalidad y su propio gobierno. Lo mismo se puede decir en el caso de otros derechos sociales: niñez, trabajo, pobreza, discapacidad, etc.

los inmigrantes ilegales quitándoles beneficios en materia de educación y de salud. La iniciativa 209 la complementa en materia de protección de derechos civiles de los ciudadanos frente a los inmigrantes ilegales.

La ley norteamericana Helms-Burton (1995) complementaria de la Torricelli (1992) sanciona a los inversores internacionales en Cuba sobre bienes que han sido expropiados a ciudadanos norteamericanos. La ley todavía no tuvo aplicación jurisprudencial pero ha despertado un gran debate internacional con Canadá y México, socios de EE.UU. en el NAFTA, con otros países de América Latina y con la Unión Europea.

Donde más se advierte esta tendencia es en materia de patentes y de derechos humanos, temas en los cuales EE.UU. procura imponer su normativa federal produciendo el fenómeno de su internacionalización al ser aceptada o impuesta a los demás Estados.

H. Jerarquización de las fuentes

Para terminar, abordaremos la cuestión de saber. ¿En qué orden se aplican estas fuentes? ¿Cómo jerarquizarlas? ¿A qué fuentes dar preeminencia ?

La prioridad la tiene el tratado, pues es una norma especial entre las partes. La ley especial deroga a la general; y la más especial es sin duda el tratado. Le sigue en jerarquía la costumbre que es menos especial y luego los principios generales del derecho. Así están enumeradas las fuentes en el texto del estatuto de la CIJ art. 38.

Pero a veces ocurre que hay que cambiar la jerarquía de estas fuentes, precisamente para interpretar algunas normas e inclusive para solucionar el problema de la validez de un tratado. Para que una ley sea válida tiene que estar de acuerdo con la constitución. La constitución internacional la forma un conjunto de normas consuetudinarias fundadas en la norma *pacta sunt servanda*. Sobre ellas descansa toda la estructura del d.i. La constitución internacional es consuetudinaria. Un tratado es válido si está de acuerdo con la constitución, con el derecho consuetudinario, y por fin si está de acuerdo con los principios generales del derecho. Aquí las jerarquías se invierten. Primero los principios generales del derecho, que tienen la vigencia más amplia, luego la costumbre y por último el tratado.

9. Medios auxiliares

En algunas obras se califica la doctrina y la jurisprudencia como “fuentes subsidiarias”; de allí podría concluirse que se trataría de auténticas fuentes aplicables en ausencia de las fuentes principales. Sin embargo esto no es cierto; el propio estatuto de la Corte las califica de *medios* auxiliares, es decir medios que sirven para descubrir la existencia de las fuentes, como también su alcance en la dimensión temporal, espacial y sobre todo sustancial.

A. *Jurisprudencia*

Algunos tratadistas, como por ejemplo Scelle,⁷¹ opinan que la jurisprudencia debería figurar entre las fuentes y que no ha sido incluida allí, tan sólo por la poca disposición de los Estados de ser juzgados en base a normas que ellos desconocen de antemano. Sin embargo no faltan otros motivos para tal exclusión. La jurisprudencia arbitral carecía de toda homogeneidad y no podía preverse de antemano que será distinta la jurisprudencia de la CPJI la cual, dicho sea de paso es bastante homogénea gracias a la autodisciplina de la propia Corte. Además cabe agregar que la jurisprudencia es fuente tan sólo en algunos ordenes jurídicos internos como los países anglosajones. En Argentina llega a ser obligatoria a través del mecanismo de los fallos plenarios de las Cámaras de Apelaciones, por los cuales se unifica el criterio interpretativo de los jueces.

Cada sentencia arbitral o de la Corte Internacional de Justicia tiene alcance limitado a ese caso y a esas partes; por otra parte la jurisprudencia arbitral es bastante incoherente. Hay algunos problemas que no encuentran solución homogénea, de modo que aunque la mayoría de las sentencias arbitrales siguen una misma línea, otras se apartan de ella.

Algunos autores desarrollan el alcance de la jurisprudencia nacional a través de minuciosos análisis, auténtica trascendencia efectiva. Tal es el caso de Vellas. Son acertadas sus opiniones en cuanto a las comunidades europeas. Sin embargo el derecho comunitario debe ubicarse fuera del d.i. en sentido propio. (Véase sección XXXII).

La jurisprudencia interna puede considerarse como una forma de

⁷¹ Scelle, op. cit., 1944, p. 406.

las decisiones estatales dentro del “proceso” por cuyo medio se crea el d.i. consuetudinario. Es recomendable mucha prudencia en citarla, porque muchas veces un fallo interno esta inspirado exclusivamente por el interés nacional.⁷²

Por lo tanto, pueden ser valiosos también los fallos de los tribunales de los terceros Estados, que no tienen ningún interés en el caso.

Entre los miembros de un Estado federal pueden presentarse litigios análogos a los que surgen entre los Estados soberanos; los casos de esta índole, aunque pertenecen a la jurisprudencia interna, presentan un evidente interés desde el punto del d.i., pudiéndose aplicar por analogías. Tal es lo que sucede con la abundante jurisprudencia de la Suprema Corte de los EE.UU., en materia del aprovechamiento, para la energía hidroeléctrica, de los ríos que atraviesan dos o más Estados norteamericanos o que los delimitan. Esta jurisprudencia federal llena una laguna, porque la jurisprudencia internacional era sumamente escasa en esta materia, según destacamos en la correspondiente subdivisión de la presente obra. Otro ejemplo: no existe ninguna jurisprudencia acerca de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* pero la Corte Federal suiza dictó una sentencia en esta materia, en 1928, solucionando un litigio entre los cantones de Turgovia y Saint Gallen.

Es innegable la trascendencia de la jurisprudencia para la investigación pues ella permite la determinación de las normas consuetudinarias con la máxima garantía de exactitud y objetividad gracias al nivel intelectual de los jueces o árbitros y por otro lado al procedimiento contradictorio.⁷³

⁷² Por ejemplo en el célebre caso “Mighell versus Sultan of Johore”, de 1893 resultaba evidente la preocupación del Ministerio de Colonias británico (sobre cuyo dictamen se fundó la Corte) en preservar las apariencias de la soberanía (y por ende la inmunidad debida a los jefes de los estados extranjeros). Se trataba de un sultán sometido al protectorado británico. El de *Robaver*, que menciona Verdross se refiere a la condición jurídica de un gobierno exiliado. Este fallo holandés pronunciado inmediatamente después de la segunda guerra mundial, parece ser de dudosa imparcialidad, debido a la peculiar atmósfera de aquel entonces. Un tribunal holandés no podía poner en duda la competencia del gobierno real exiliado inmediatamente después de su retorno al país. Lo contrario podría interpretarse como el reconocimiento de las competencias del gobierno colaboracionista de Musert.

⁷³ Lo mismo podría decirse de la aplicación de la jurisprudencia en la enseñanza; lo que no significa que seamos partidarios del método. Por supuesto, la sentencia debe ser precedida por una clara exposición del propio caso y especialmente de las

Según veremos más adelante (en la Sección XXIV) los Estados no están dispuestos a someter al arbitraje ni a la CIJ los litigios que afectan sus intereses vitales. Por lo tanto es por lo general escasa la jurisprudencia acerca de las normas trascendentes del d.i. Esta clase de normas se aplica a través de las facultades que conforman las —al decir de la terminología implantada por la Escuela de Yale— “*decisions making*”, es decir soluciones extra jurisdiccionales, en parte amigables y parcialmente impuestas por una parte a la otra bajo presión de tal u otra índole. Estos son los casos llamados situacionales que, con cierta analogía a los casos jurisdiccionales, permiten revelar la existencia de las normas consuetudinarias observadas en las relaciones internacionales, su contenido, su ámbito de validez temporal y espacial. Este método es útil para revelar el surgimiento de nuevas instituciones del d.i. que nacen bajo el impacto de nuevas condiciones. Por ejemplo a la luz del caso de la cohetaría soviética instalada en Cuba, en 1962, surgió la institución de la autodefensa anticipada; véase N° 114.

posiciones antagónicas de las dos partes.

En la presente obra, marcamos los casos jurisprudenciales con bastardilla. El lector puede ubicarlo de la siguiente manera:

a) Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y Corte internacional de Justicia (CIJ) dedica para cada caso dos tomos: uno con sentencias, dictámenes y ordenanzas y otro con los textos de alegatos de las partes. Los compendios se hallan en la Biblioteca del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

b) Sentencias arbitrales tienen una serie de recopilaciones; citamos las siguientes: RSA, *Recueil des sentences Arbitrales*, publicado por la ONU; De la Pradelle y Politis; de la Pradelle et Politis *Recueil des arbitrages internonaux*, en 3 tomos, París, 1905, 1923 y 1954; Moore: *History and digest of internacional arbitrativas to which the United States have been a party* en 6 tomos. Washington, 1898.

c) Jurisprudencia argentina: Ruiz Moreno Isidoro Ruiz Moreno: *El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema*, Buenos Aires. Véase N. K., 1970. Universidad Nacional del Litoral. “*La Revista de d.i. y Ciencias Diplomáticas*”, Rosario y la *Universidad Nacional de Córdoba*, 1995.

Antecedentes de distinta índole:

Annual Digest: *Annualcua Digest of Public International Law cases*.

Hackworth-Hackworth: *Digest of International Law*, 8 tomos, Washington. 1940-44.

Whiteman-Whiteman: *Digest of International Law* Washington.

Además de los casos jurisprudenciales, se recurre actualmente, en la investigación y la docencia, a los llamados casos situacionales o políticos, lo que han aplicado en sus cátedras: Juan Carlos Puig, Halajczuk y Moya Domínguez, esta última hasta la fecha (1999).

B. Doctrina

No existe unanimidad en cuanto al alcance de la doctrina para el derecho positivo. Por ejemplo Balladore Palleri la considera prácticamente como una fuente del d.i. y Alvarez tan sólo como un factor creador del d.i. Sin embargo la opinión dominante la expresa Kunz⁷⁴ al criticar a Balladore Palleri: "Es verdad que las decisiones de la CIJ citan muchas veces la doctrina de los publicistas eminentes. Es verdad que la doctrina ha tenido un papel importante en el desarrollo del d.i., quizás más importante que en los derechos nacionales. Sin embargo, aun las doctrinas de los publicistas de mayor competencia no tienen la posición jurídica de las *responsa prudentium* (dictámenes de los jurisconsultos) en el derecho romano. Estas doctrinas poseen solamente una autoridad persuasiva, correspondiente a su imparcialidad y autoridad científica".

Desde el punto de vista de la sociología jurídica existen distintos tipos de derecho: codificado, consuetudinario, jurisprudencial: pero también existe un derecho doctrinal, como lo fue el derecho romano clásico y el derecho romano común de la Edad Media y Moderna. Es notorio el papel de la doctrina como fuente del derecho romano clásico y común.

Los emperadores romanos concedían a algunos juristas el *ius respondendi*, lo que significaba que sus dictámenes fueran obligatorios para los jueces. Por otra parte, los escritos de algunos juristas romanos cobraron prácticamente la categoría de una fuente de derecho.

En cuanto al papel de la ciencia jurídica en la creación del derecho romano clásico, opina Koschaker⁷⁵ que este derecho puede considerarse como ejemplo representativo de un tipo general: el derecho doctrinal. Es la falta de orden y de sistema, consecuencias naturales de su condición de derecho formado por la jurisprudencia. La gran escasez de leyes romanas concernientes al derecho privado, reservado a los juristas, es conocida. Cuando la legislación que en tiempos de la monarquía absoluta, comienza a incrementar, se acentúa la oposición entre costumbre y ley designándose con la palabra *ius* el antiguo derecho privado contenido en las obras de los juristas romanos. Una diferencia

⁷⁴ Kunz, 1952, p. 391 y 1958, p. 90.

⁷⁵ Koschaker, *Europa y el Derecho Romano*, traducción castellana editada en Madrid, citada por Halajczuk en 1966, t. 19, n° 3, ps. 17-20.

análoga puede observarse entre el *common law* y el *statutori law* es decir entre el derecho de los juristas y el derecho legal (mejor dicho, entre el derecho doctrinal y el legislado).

En el d.i. pueden divisarse ciertos rasgos comunes de derecho romano propios de un derecho doctrinal que señaló Koschaker. El d.i. universal abarca normas consuetudinarias relativamente en numerosas normas contractuales válidas para grupos dispares de Estados. Un sinnúmero de tratados bilaterales da origen a normas individuales lo que presenta cierta analogía con los dictámenes y las sentencias romanas.

Al d.i. convencional le falta orden y sistema, no tiene condiciones de un sistema jurídico homogéneo. De allí la necesidad de un hábil jurista que supere las contradicciones, y llene las lagunas. Vellas, inclusive distinguió una doble función de la doctrina en el d.i.: por un lado complementa el derecho existente, por otro lado explica las partes oscuras.

He aquí el paralelismo entre el *ius respondendi* romano y las opiniones consultivas de la CIJ, y lo que se advierte entre las obras de los juristas romanos y la doctrina de los internacionalista contemporáneos, a la que el propio estatuto de la CIJ menciona como medio auxiliar.

10. Derecho Internacional universal y particular

A. Conceptos

Las normas del d.i. pueden tener alcance espacial, universal o particular. Las normas particulares, a su vez, son de doble índole, algunas tienen vigencia para dos Estados (normas bilaterales) y otras para todo un continente o región (normas regionales).

Sin embargo, algunos internacionalistas de la escuela vienesa, como Verdross y Kunz, reservan el concepto de d.i. universal para las normas consuetudinarias porque esas normas no sólo son universales ahora sino que permanecerán universales, porque nadie pudo derogar la vigencia del d.i. consuetudinario.

Por ello los mencionados autores reservan el concepto de normas universales a las consuetudinarias y llaman normas cuasi universales, por ejemplo, el Convenio Postal Universal, firmado por todos los Estados. Es consuetudinario el llamado d.i. constitucional, cuyo concepto expone Verdross en su obra maestra, intitulada *El derecho consti-*

tucional de la comunidad internacional. La validez de todo el derecho convencional se fundamenta en la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*.

El derecho particular es preferentemente convencional y abarca relativamente pocas normas consuetudinarias, de variable extensión espacial. Por lo general se admite que son de alcance universal los principios generales del derecho, pero esta convicción corresponde a una visión eurocentrista del derecho y pasa por alto el pluralismo jurídico que deriva del pluralismo cultural.⁷⁶

El problema del universalismo del d.i. será examinado más detenidamente al final de la presente obra, en la sección XXXI.

B. Problema de la existencia del derecho internacional americano

En 1910 Alejandro Alvarez publicó un libro llamado *El d.i. americano*. Es el primer intento de definición de un pluralismo y de un regionalismo internacional. El considera que al lado de un d.i. universal existen ciertos ordenamientos internacionales continentales o, mejor dicho, regionales. Según su parecer, existía un d.i. asiático que se expresaba en un conjunto de normas relativas a la desigualdad jurídica de los Estados asiáticos (que en aquel entonces tenían que tolerar en su territorio la jurisdicción consular) y un derecho africano que abarcaba las normas referidas a los protectorados y a las colonias. El más desarrollado de estos derechos regionales sería el d.i. americano.

Alvarez comprobó la existencia de un conjunto de normas, de instituciones y de situaciones que son particulares al continente americano. Observó que algunas normas de d.i. que tienen vigencia en Europa carecen de aplicación en América y viceversa. Por ejemplo el asilo diplomático, es una institución exclusiva en América.

Las ideas de Alvarez despertaron una gran controversia que tuvo repercusión fuera del continente. Especialmente fue criticado por el internacioalista brasileño Savianna. Un cuarto de siglo después de cerrada la controversia el profesor Daniel Antokoletz llamó la atención sobre los desperfectos metodológicos de la controversia cuyos partici-

⁷⁶ Particularmente el concepto soviético de los principios generales es completamente distinto del tradicional concepto occidental, según señalamos oportunamente.

pantes no se plantearon la cuestión de saber sobre qué problema estaban discutiendo: 1) si puede existir un d.i. americano; 2) si existe un d.i. americano; 3) si la existencia de tal derecho es deseable o no.⁷⁷

El d.i. americano queda perfectamente ajustado dentro del orden universal, ya que observa las normas del d.i. vigente y agrega a éstas algunas normas nuevas que lo complementan pero no violan.⁷⁸

⁷⁷ Podestá Costa critica la tesis de Alvarez, considerándola peligrosa porque una potencia hegemónica puede influenciar el d.i. del continente.

El d.i. universal nunca fue tan universal como lo parece a primera vista. En los manuales y los tratados hay una tendencia a presentar como universales ciertas normas que no lo son efectivamente en la realidad. En la realidad, la vigencia de normas verdaderamente universales es mucho más reducida; inclusive muchos convenios universales han sido firmados con reservas, de tal modo que un Estado no reconoce tal artículo, o tal otro; numerosas disposiciones carecen de una vigencia universal.

⁷⁸ Wilk, ps. 668-9. Reflexiones en torno a este tema ver en Halajczuk, 1966, v. 8, N°1.

SECCIÓN IV

TRATADOS Y ACTOS UNILATERALES

11. Generalidades: A. *El Derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*; B. *Alcance del concepto*; C. *Nomenclatura y clasificación*; D. *Tratados solemnes. Acuerdos en forma simplificada*; E. *Tratados bilaterales y multilaterales*. 12. Celebración y entrada en vigor: A. *Fases*; B. *Negociación*; C. *Ratificación*; D. *Registro*; E. *Reservas*. 13. Aplicación e interpretación: A. *Aplicación*; B. *Terceros Estados*; C. *Interpretación*. 14. Nulidad, terminación, suspensión: A. *Derecho imperativo*. B. *Vicios de consentimiento*; C. *Terminación y suspensión*; D. *Imprevisión*; E. *Procedimiento*; F. *La cláusula de la Nación más favorecida*; G. *Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales*. 15. Actos unilaterales.

En este campo, se ha agudizado la prevalencia del tratado sobre otras fuentes, como forma de regulación de las conductas de los Estados. Además se aceleró considerablemente el proceso de codificación, que comprende entre otros grandes temas, el Derecho del Mar, la Sucesión de Estados, etc. En el Anexo documental se brinda una nómina de tratados que codifican d.i., con los datos de su entrada en vigor y el estado de su ratificación por parte de la Argentina.

Los actos unilaterales no han dejado de ser tenidos en cuenta como fuente de d.i., ya que constituyen un medio válido de exteriorización de la voluntad del Estado. La CDI ha iniciado estudios para armonizar criterios en cuanto a su caracterización.

11. Generalidades

Los actos jurídicos son manifestaciones de la voluntad de los sujetos que crean, modifican o extinguen derechos subjetivos con sus correspondientes obligaciones. Como en el derecho privado, también en el d.i. se distinguen los actos multi y unilaterales, que examinaremos en la presente sección.

Los actos multilaterales son los tratados que constituyen una de las principales fuentes del d.i.

A. El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969

Según hemos mencionado oportunamente, el tratado es la fuente más adecuada a las condiciones de nuestra época, ya que la norma consuetudinaria no es idónea para adaptarse al vertiginoso ritmo de la historia. El normal funcionamiento de las relaciones internacionales depende de un sistema de tratados, eficiente y bien ordenado.¹ Numerosas tensiones internacionales, en las que peligró la paz, resultan de la carencia de un adecuado procedimiento jurídico, lo que no sólo permite burlar las obligaciones internacionales, sino que incluso provoca enfrentamientos gratuitos entre gobiernos que actúan de buena fe. Por otro lado esta materia, dada su naturaleza formal, no contiene, por lo menos a primera vista, elementos conflictivos; por lo tanto se presta a la codificación y el desarrollo progresivo.

No es de extrañar que todavía en 1926, al crearse, bajo los auspicios de la SDN, un Comité de Expertos para la codificación del d.i., incorporó en su agenda el derecho de los tratados, pero fracasó ante la oposición de Alemania y Japón como también de los EE.UU. y del *Commonwealth*.

La Comisión de d.i. de la ONU (CDI) incluyó el derecho de los tratados internacionales en su agenda como una de las materias codificables. En 1969 se firmó el Convenio que de acuerdo al art. 84, entró en vigor desde que fue depositado el 35º instrumento de ratificación o de adhesión.

El texto comprende 85 artículos agrupados en ocho partes. Sus normas son en su mayoría dispositivas. Sin embargo los artículos 53 y 64 estipulan la nulidad de los tratados que violan las normas imperativas del d.i. (*ius cogens*).

Los temas más controvertidas fueron.

1) La llamada *universalidad de los tratados multilaterales* o sea el acceso a los mismos de las partes comunistas de los Estados

¹ Escribía el economista alemán Wilhelm Rook: "Según la opinión común, el principio fundamental del comercio internacional es el de los costos diferenciales, pero en realidad es el principio *Pacta sunt servanda*, porque el comercio internacional no sería factible sin la observancia de los tratados comerciales".

fraccionados: Alemania, China, Vietnam y Corea. Típica controversia del sistema bipolar.²

- 2) La *jurisdicción obligatoria* de la CIJ o del arbitraje.
- 3) El alcance de los tratados concluidos bajo la *amenaza de la coacción* y, por consiguiente, nulos.
- 4) El concepto del d.i. imperativo (*ius cogens*).
- 5) La facultad de concluir los tratados con *reservas*.
- 6) La facultad de la *denuncia unilateral* de las obligaciones convencionales
- 7) La capacidad de los miembros de los *Estados federales* para concluir los tratados.

La Convención fue aceptada por 79 votos contra 1 (Francia), con 19 abstenciones (estados comunistas).

Como el derecho de los tratados es una de las ramas codificadas del d. i, subdividimos esta sección de acuerdo a las partes del Convenio.

B. Alcance del concepto

La Convención sobre el derecho de los tratados carece de una definición del tratado y contiene tan sólo una aclaración terminológica, en su art. 2º: “para los efectos de la Convención, se entiende por “tratado” un acuerdo internacional, celebrado por escrito por los Estados y regido por el derecho internacional”. Según veremos más adelante, la aclaración “para efectos de la presente Convención” restringe notablemente el alcance del concepto. Por lo tanto, es preciso buscar la definición de tratado en la doctrina. Citamos la de Paul Reuter:³ “el tratado internacional es todo acuerdo de voluntades entre sujetos de d.i., sometido por éstos a las normas generales de este derecho”. De tal modo se ensancha el concepto del tratado internacional, eliminándose la forma escrita y sustituyendo a los Estados por una categoría más amplia: los sujetos del derecho internacional.

Con respecto a este último concepto cabe hacer una doble distinción, por un lado la capacidad jurídica plena o parcial, y, por otro, la capacidad de obrar. (Véase N° 16 B, 16 A y E.)

² Conocemos los puntos de vista soviéticos gracias a las publicaciones de Ulanova, Makarevych y Jlestov, todas de 1969.

³ Reuter, op. cit., 1962, p. 47.

El Convenio de 1969 pasa por alto la segunda distinción, pero encara la primera. El art. 6 estipula: 1) Todo Estado tiene capacidad para celebrar tratados. 2) Los Estados miembros de un Estado federal podrán tener capacidad para celebrar tratados, si esta capacidad es admitida por la constitución federal y dentro de los límites indicados en ésta. En el texto definitivo del Convenio fue eliminado el segundo párrafo, objeto de ásperas discusiones en la CDI de la ONU. En efecto algunos juristas occidentales de la misma (como Verdross) querían someter esta capacidad a una condición suplementaria: el reconocimiento internacional.⁴ Esta tentativa no prosperó en el seno de la Comisión, según hemos mencionado. El texto del convenio no incluye el segundo párrafo, pero tampoco sujeta la capacidad al reconocimiento ni lo limita a los Estados cuya subjetividad internacional es plena.⁵

Para que exista un tratado internacional es preciso que las dos partes sean sujetos del d.i. Por lo tanto no son tratados internacionales, sea cual fuera su forma, los actos contractuales entre un sujeto y una entidad que no es sujeto del derecho internacional.

El Convenio sobre el derecho de los tratados no pretende proporcionar normas a todos los tratados internacionales, sino que los somete a una doble restricción:

1) Por un lado en lo instrumental, elimina los tratados no celebrados por escrito (art. 3º), o sea los orales, y aquellos en que la expresión de las voluntades se manifestó por medio de otros símbolos.⁶

2) Por otro lado el Convenio de 1969 se limita, en lo personal, a los tratados celebrados entre los Estados (art. 3). Por lo tanto no se extiende a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos del d.i. o entre esos otros sujetos.⁷

⁴ Desarrolló este tema Ulanova en 1968, p. 80. Es una especie de "reconocimiento funcional", para tal o cual propósito. Cabe recordar que, por ejemplo, Canadá negociaba los tratados de comercio desde 1884, pero por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores británico.

⁵ Véase el debate en la CDI citado por Dellpech y De la Guardia.

⁶ Sin embargo, la validez de los acuerdos verbales fue confirmada por la jurisprudencia internacional: el laudo arbitral de 1889 en el caso de la Isla Lamu y la sentencia de la CPJI sobre Groenlandia Oriental.

⁷ Concretamente, esta exclusión se refiere: a) los concordatos que la Santa Sede concluye con los Estados (véase S. Z. Ehler, 1961); b) a los convenios que una organización internacional concluye con un Estado, por ejemplo, los convenios sobre la asistencia financiera, sanitaria o cultural que distintos Estados concluyen con el

A pesar de la aludida limitación, la Convención se aplicará de acuerdo al art. 5º, a todo tratado constitutivo de una organización internacional, y asimismo a todo tratado adoptado en el seno de una organización internacional.

3) Es más compleja la calificación jurídica de los acuerdos que los Estados concluyen con particulares (con las compañías y a veces también con personas de existencia física, sobre préstamos, concesiones, etc.). Tradicionalmente, los tratadistas les niegan todo carácter internacional, calificándolos de simples contratos civiles. Aducen un caso jurisprudencial: la decisión de la CIJ en el caso de *Anglo-Iranian* de 1952.⁸

C. Nomenclatura y clasificación

El tratado internacional es todo acuerdo de voluntades entre sujetos de d.i., sometido a las normas generales de este orden jurídico

Se lo denomina también convenio, convención, acuerdo, acta, protocolo, declaración, arreglo, *modus vivendi*, etc., sin que esta nomenclatura coincida con alguna clasificación sustancial o formal, de jerarquía o de vigencia. Según un dictamen de la CPJI “desde el punto de vista del carácter obligatorio, los compromisos internacionales pueden revestir la forma de tratados, convenios, declaraciones, acuerdos, protocolos o intercambios de notas”.

BID, OMS o UNESCO, respectivamente (véase Reuter, 1962, ps. 325-334); c) a los convenios entre esas organizaciones, por ejemplo, los convenios en cuya virtud la UPI, UIT y OIT adquirieron el estatutos de organismos especializados de la ONU.

Sin embargo, según aclara el citado art. 3º, la referida exclusión no afecta al valor jurídico de esta clase de tratados, ni la aplicación de la Convención a las relaciones entre los Estados en virtud de un tratado que, además de los Estados, firman también otros sujetos del derecho internacional.

⁸ Sin embargo, algunas publicaciones más recientes señalan cierta afinidad de esta clase de acuerdos con los tratados internacionales, apuntando el hecho que, hasta cierto grado, el Estado y la compañía se hallan colocadas en pie de igualdad. Pero el gobierno puede, en virtud de sus facultades soberanas, cancelar el convenio con una compañía o simplemente no cumplirlo, en cuyo caso la compañía no tendría a su alcance otro remedio que solicitar la protección diplomática de su gobierno. De tal modo el acuerdo perdería sus apariencias internacionales, quedando en descubierto su carácter esencialmente civil. (Friedmann, 1967, ps. 267-271; Schwarzenberger, 1957, p. 146 y ss.; Verdross, 1958, p. 635).

Con prescindencia a tal o cual denominación, se realiza una serie de clasificaciones de los tratados, desde el punto de vista sustancial o formal.

A las múltiples distinciones que hace Fenwick, puede oponerse la triple clasificación de Rousseau en la cual existe una diferencia sustancial entre los *tratados contratos* y los *tratados leyes* o normativos. Según hemos aclarado al analizar las fuentes, los tratados contratos son actos mediante los que se instrumentan los negocios, fundamento de prestaciones recíprocas de los Estados contratantes, cada uno de los cuales persigue objetivos diferentes. Los tratados leyes formulan normas de derecho, objetivamente válidas fundadas en la voluntad de todos los signatarios que es idéntica.

Por otro lado, tras el aspecto formal, se distinguen los tratados *bilaterales* de los *plurilaterales*. Esta clasificación tiene una notable repercusión sobre la técnica de la conclusión de los tratados según veremos más adelante.

El tercer grupo lo constituyen los tratados *en sentido estricto* y los acuerdos en forma *simplificada*.⁹

D. Tratados solemnes. Acuerdos en forma simplificada

La denominación *tratado* se limita a designar los acuerdos internacionales realizados con la intervención formal del órgano competente para concluir convenios que en la mayor parte de los países es el Jefe del Estado. Los tratados de esta clase se llevan a cabo mediante un procedimiento que comprende tres fases; negociación, firma y ratificación. Tienen la forma de un sólo instrumento jurídico y no de dos como los acuerdos que se concluyen generalmente mediante el intercambio de notas reversales.

A esta clase de tratados internacionales se les contraponen los acuerdos en forma simplificada. La terminología norteamericana denomina a los primeros *treaties*, y a los segundos *agreements* o acuerdos. Estos últimos se concluyen sin la intervención formal del Jefe del Estado sino del ministro de Relaciones Exteriores o por los agentes diplomáticos. Entran en vigor inmediatamente después de la firma; la

⁹ En la sección anterior hemos trazado la diferencia entre los tratados leyes y los tratados contratos, como también los reparos que ella suscita. Por lo tanto ahora nos limitamos a exponer los otros tipos de convenios.

ausencia de ratificación constituye el criterio jurídico para diferenciar los tratados propiamente dichos de los acuerdos que se concluyen en forma simplificada. Por lo general se llevan a cabo por medio de un intercambio de notas: el ofrecimiento de una parte y la aceptación de la otra.

No existe ninguna jerarquía en cuanto al objeto entre los tratados y los acuerdos en forma simplificada. Actos y acuerdos de gran importancia, han sido concluidos en forma simplificada. Con frecuencia se recurre a este procedimiento en los convenios de orden militar (especialmente en los convenios de armisticio) o técnico (acuerdos aduaneros, aéreos, postales, etc.). La simplicidad y rapidez son sus indiscutibles ventajas. Desarrollaremos esta materia al referirnos a la ratificación.¹⁰

E. Tratados bilaterales y multilaterales

A primera vista, la diferencia entre estas dos clases de tratados parece ser meramente cuantitativa, carente de toda repercusión esencial. No es así en realidad. La variedad de los procedimientos tiene ciertas proyecciones de tal magnitud que llega a poner en tela de juicio hasta su carácter estrictamente convencional. Esta particularidad la destacan acertadamente algunos internacionalistas especializados en la materia como Rousseau.¹¹

Las relaciones bilaterales son en orden cronológico, anteriores a las multilaterales que ya llevan en sí cierto germen de la organización internacional. Es por lo tanto natural que el procedimiento clásico de la conclusión de los tratados internacionales se adapte a los tratados bilaterales. Y que a partir de él, se desarrolle paulatinamente un procedimiento particular para los plurilaterales, a través de un complejo proceso, que analiza Rousseau.

El mismo tratadista señala la evolución de la *adhesión* como una

¹⁰ Los acuerdos en forma simplificada fueron comparados a los llamados gentlemen's agreements, acuerdos internacionales sin efectos jurídicos obligatorios. La doctrina anglosajona los interpreta como compromisos de honor, que no imponen ninguna obligación jurídica en sentido propio y comprometen a las partes, moralmente. Desarrollamos este tema ampliamente en la segunda parte de la presente sección, pero adelantamos que los primeros tienen naturaleza jurídica y son obligatorios.

¹¹ Rousseau, 1966, párrafos 54, 55, 56, 59.

progresiva atenuación de sus elementos contractuales. Esto ocurrió sucesivamente a través de los siguientes procedimientos de adhesión:

a) Adhesión por tratado especial, utilizado entre los Estados del Eje.

b) Adhesión mediante un intercambio de declaraciones ya sea de adhesión o de aceptación (sujetas ambas a ratificación). Es un sistema de carácter transitorio que señala el límite de aplicación de los procedimientos contractuales.

c) Adhesión por acto unilateral: se trata de una declaración unilateral, dirigida al gobierno designado por el tratado para recibirla, el cual se encarga de comunicarla a los demás Estados firmantes. Este es el procedimiento más utilizado hoy en día.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, es la extensión al Estado adherido del régimen convencional ya establecido entre los Estados signatarios.

En cuanto al mecanismo de la adhesión, conviene observar, que en algunas ocasiones la facultad de adherirse es ilimitada, abierta indistintamente a todos los Estados y, en otras, es restringida, reservada a los Estados especificados por el propio tratado, a los Estados que pertenezcan a un continente o a una región determinada. Es la distinción entre los convenios abiertos y los cerrados. La adhesión puede ser pura y simple o condicional. Por lo general es un acto libre pero en algunas ocasiones puede ser impuesta. Por ejemplo, un Estado vencido puede verse obligado, por el tratado de paz, a adherir a otros convenios plurilaterales.

El procedimiento de *firma diferida* evolucionó extendiéndose en el tiempo y en el espacio. En su origen, la firma diferida era un simple recurso para dar tiempo a un plenipotenciario que no podía concurrir al acto de la firma o no conocía las intenciones de su gobierno. Este procedimiento se reservaba con plazos muy breves, a los Estados que hubieran participado en la negociación del Tratado. Más tarde, la firma diferida quedó abierta para determinados Estados que el tratado designaba limitadamente. Por último se permite a los Estados que no participan en la negociación, firmar el tratado con fecha posterior, durante un plazo que en la mayoría de los casos resulta prácticamente ilimitado. En su forma definitiva, la firma diferida es, prácticamente una nueva forma de adhesión, pero necesita de la ratificación. La confusión se ha acentuado con la reciente práctica de las adhesiones realizadas bajo reserva de ratificación.

En varios convenios plurilaterales, se acepta la firma diferida sólo

de los Estados que hayan participado en la negociación, durante un plazo limitado. Luego el tratado se abre a la adhesión de los demás Estados.

Los convenios internacionales de *trabajo* se concluyen mediante procedimientos distintos a los clásicos. Cada gobierno miembro de la OIT se obliga a *someter* (lo que no significa necesariamente a recomendar), los proyectos de convenios elaborados por la OIT a la autoridad competente para transformarlos en leyes. Esto modifica también el procedimiento clásico del derecho convencional ya que por una parte desaparece la firma¹² y por otra parte, la ratificación. En cuanto al fondo deja de ser la confirmación de una firma previa y se convierte en una mera información del ministro de Relaciones Exteriores, de que el Poder Legislativo ha aceptado el proyecto. Este procedimiento tuvo repercusión en el derecho público de diversos Estados (Alemania, Canadá, Países Bajos).¹³

12. Celebración y entrada en vigor

A. Fases

De acuerdo a la Constitución Argentina, el tratado internacional es, junto a la propia Constitución y a la legislación federal, "la Ley Suprema de la Nación". En vista de este alcance normativo, es natural que la aprobación del tratado esté reservada al órgano estatal competente

¹² Tan sólo el presidente de la conferencia firma el texto, con el solo objeto de autenticarlo.

¹³ Rousseau aprecia esta múltiple evolución desde la perspectiva doctrinal que le es propia, vale decir, a la luz de la crítica de los conceptos civilistas arraigados en el d.i. desde Grocio. Según su criterio, el tratado plurilateral contemporáneo aparece, no como resultado de un acuerdo de voluntades sino como la expresión de un régimen legal ofrecido a la aceptación simultánea (firma) o sucesiva (adhesión, firma diferida) de los Estados. Estos pueden abandonarlos libremente, mediante un acto unilateral (denuncia) o bien por producirse un hecho condición (guerra) sin que por ello dicho régimen pierda su validez, para los demás participantes, hasta su modificación o abrogación por vía convencional. En este punto hay cierta regresión del campo convencional, como consecuencia de la creciente incompatibilidad entre la naturaleza material de las obligaciones asumidas y los respectivos procedimientos de expresión formal. Rousseau observa allí un aspecto particular del fenómeno de orden general, ya señalado en el derecho interno: la declinación de la importancia del contrato.

para dictar las leyes.

Por lo tanto, la celebración de un tratado se descompone en una serie de fases, cada una a cargo de distintos órganos. En la primera etapa el Poder Ejecutivo *negocia* el tratado, por medio de sus plenipotenciarios (art. 7º de la Convención de 1969), quienes una vez redactado el texto (art. 8º), lo *firman* (art. 9º). Luego este texto se somete a *ratificación* (art. 14), vale decir a la aprobación definitiva, de los órganos competentes señalados por la Constitución (el Jefe del Estado, el Poder Legislativo o los dos). Por fin los instrumentos de ratificación son canjeados (si el tratado es bilateral), o *depositados* en un lugar que prevé el propio tratado (si es plurilateral) (art. 16); recién entonces el Tratado entra en vigor.

El proceso de conclusión de un tratado internacional, de acuerdo a la Constitución Argentina reformada es el siguiente.¹⁴

1) El Presidente negocia y firma, a través de plenipotencia (art. 99, inc.11).

2) El Congreso aprueba o desecha, a través de leyes (art. 75, inc. 22).

3) El Presidente promulga estas leyes con arreglo a la Constitución (art. 99 inc.3)

4) El Presidente ratifica el tratado, por decreto o en otra forma (“instrumento de ratificación”).

En cuanto a la aprobación por el Congreso, cabe advertir que, de acuerdo al art. 70, “se reputa aprobado todo proyecto no devuelto en el término de 10 días. Esta norma aplicable a las leyes, se aplica también a los tratados que carecen de un procedimiento particular. Según la doctrina constitucional, el acto de ratificación por el Presidente es discrecional, y aplica el criterio de oportunidad.”¹⁵

B. *Negociación*

El Poder Ejecutivo es competente para la negociación de los

¹⁴ Vanossi, 1969, p. 79.

¹⁵ Vanossi usa una nomenclatura particular (ps. 83, 91, 93): “Nosotros preferimos denominar *aprobación* el acto de intervención del cuerpo legislativo, y reservar la palabra *ratificación* para el acto posterior del Ejecutivo, que manda cumplir el tratado y se comunica la aprobación en sede internacional”.

tratados, pero raras veces lo hace personalmente, salvo en las llamadas conferencias de cumbre.¹⁶ Pero por lo general la negociación de los tratados está a cargo de los cancilleres o de los funcionarios.

El art. 7º de la convención de 1969 enumera a las personas que tienen la facultad para concertar tratados *ex officio*, o sea sin estar apoderados por plenos poderes especiales. Es el jefe del Estado, el Jefe del Gobierno y el Canciller. El embajador u otro jefe de la misión diplomática permanente está facultado para la negociación de cualquier tratado con el Estado, ante el cual esté acreditado, y la misma facultad tiene el representante acreditado ante una conferencia internacional.

En todos los demás casos, se necesitan plenos poderes que se presentan al iniciarse las negociaciones, pero la persona autorizada para la celebración del tratado puede ser confirmada también *ex post* (art. 8).

El texto del tratado se adopta por unanimidad, pero en una conferencia internacional se lo adopta por 2/3 de Estados presentes y votantes, salvo los casos en que se acepte otro quórum (art. 9). El texto será reconocido como auténtico y se impondrá, por la firma de todos los representantes, ya sea en forma perentoria, ya sea tan sólo *ad referendum* (vale decir, supeditada a la aprobación posterior por el gobierno). Sin embargo los Estados partes en el tratado pueden establecer, expresamente, otro procedimiento (art. 10).

Un tratado puede ser enmendado, por acuerdo entre las partes (arts. 39 y 40). La enmienda puede celebrarse únicamente entre algunos Estados, partes en el tratado. De tal modo el tratado puede desdoblarse en una serie de versiones paralelas, vigentes entre los grupos de Estados que aceptaron tal o cual enmienda. Cabe recordar que produce un efecto semejante al de la reserva, que algunos Estados parte aceptan y otros rechazan.

C. Ratificación

La Constitución de cada Estado señala el órgano competente para la ratificación de los tratados.

¹⁶ Tal práctica era común dentro del Eje: el jefe de Estado alemán, Hitler, se reunía con el jefe del gobierno italiano, Mussolini, generalmente en Brenner, localidad situada en la frontera entre los dos países, a fin de concertar una serie de acuerdos.

En el comienzo de la presente sección, hemos resumido las respectivas disposiciones de la Constitución Argentina, que es típica en la democracia presidencial de origen estadounidense, ampliamente difundida en América latina.

De acuerdo a la constitución de los EE.UU de 1787 (art. 2, sección 2), el Presidente tiene la facultad de concluir los tratados internacionales, previa consulta y consentimiento (de 2/3 de votos) del Senado. Cabe agregar que tan sólo la Cámara Alta del Congreso tiene competencias en aquella materia, pues en ella están representados los Estados federados. La Comisión de Relaciones Exteriores del Senado ejerce una notable influencia sobre la política del Secretario de Estado.¹⁷

Independientemente de este problema constitucional, se plantea un problema político: qué grupos de presión formulan y controlan la política exterior de las naciones.

Según la Convención Interamericana sobre Tratados, adoptada en La Habana en 1928, "los tratados son obligatorios recién después de su ratificación por los Estados contratantes, aunque esta condición no haya sido estipulada en los poderes, o no figure en el tratado mismo". O sea que la ratificación se consideraba en aquel entonces la única forma de aceptación definitiva del tratado por el Estado contratante.

Son muy diferentes las estipulaciones, en esta materia, en la convención de 1969: "El consentimiento de un Estado que se obliga por un tratado, puede manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituya el tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión o en cualquier otra forma que se hubiere convenido". El art. 12 desarrolla las condiciones de la validez de un tratado en virtud de la sola firma, y el 14 y 15 todas las demás modalidades del consentimiento para obligarse.

La ratificación es imprescindible tan sólo si así lo dispone el propio tratado, o si los Estados contratantes expresaron tal intención de cualquier otro modo.

Y para que sea válido el tratado concluido en forma simplificada, mediante la sola firma, esto debe estipularse en el texto convencional, comprobarse en los plenos poderes o manifestarse de algún otro modo.

¹⁷ En las monarquías absolutas quien ratificaba los tratados era el soberano (que se consideraba más que órgano del Estado, como titular del mismo). Volvieron a un sistema análogo: la Italia fascista, Alemania nacional-socialista y algunos Estados semiautoritarios, como Polonia (constitución de 1935, art. 12, par. g) y Francia en la época del gobierno de Vichy (Acta Constitucional de 1940, art. 1, par. 7), etcétera.

Por lo tanto, la Convención de 1969 admite la validez internacional de los acuerdos concluidos en forma simplificada, sin ratificación. Pero como esta materia se halla en el deslinde entre el derecho internacional y el interno no podemos pasar por alto el problema de la validez constitucional de esta clase de acuerdos.¹⁸

La problemática internacional más que cualquier otra, escapa al campo de visión de la ciudadanía y, por lo tanto, un conocimiento meramente empírico. No es una simple casualidad que, por ejemplo, en el orden interno el Congreso estadounidense esté, a la altura de sus tareas, y que por otro lado, en el orden internacional, el Senado de los EE.UU. luce con frecuencia afectado por un nacionalismo aislacionista. Además de este reparo contra la institución de la ratificación existe otro: la notoria lentitud del procedimiento parlamentario, incompatible con la necesidad de solucionar problemas internacionales de acuerdo al ritmo propio del mundo de hoy. Más adelante nos referimos al procedimiento del fast track para algunos acuerdos comerciales.

Los acuerdos simplificados, ¿tienen alguna limitación sustancial? Numerosos autores lo niegan alegando que cualquier materia puede ser indistintamente objeto de un tratado solemne o de un acuerdo simplificado, de modo que la opción por una u otra forma sería simplemente un problema de oportunidad política. Así opina por ejemplo Paul De Visscher, Roger Pinto, Alfonso Arinos de Melo Franco, Hildebrando Accioly, etc. Otros, por el contrario opinan que los compromisos importantes deben revestir la forma de tratados solemnes (Bernard Schwartz), o de normas susceptibles de llegar a ser la ley suprema de la nación.¹⁹ De modo que los acuerdos concluidos por cartas reversales; deben limitarse a arreglos administrativos; o bien que son inconstitucionales los tratados que carecen de la aprobación del Congreso, salvo acuerdos concluidos por los jefes militares, dentro de sus atribuciones (Haroldo Valladao).²⁰

En esta forma simplificada se solucionan problemas internacionales de máxima trascendencia. Nunca han sido sometidos a ratificación los

¹⁸ Entre los autores contemporáneos que tratan el controvertido problema de los acuerdos en forma simplificada, cabe destacar al constitucionalista argentino Jorge Vanossi y Seve de Gaston, Alberto, 1970, ps. 19-45.

¹⁹ Jorge Vanossi. 1969. p. 145

²⁰ Según Isidoro Ruiz Moreno. La Argentina ha concluido más de 120 tratados sin aprobación del Congreso, entre los años 1853 y 1941 (o sea en la época anterior a la proliferación universal de esta clase de acuerdos). La Corte Suprema nunca se pronunció acerca de su validez.

acuerdos de Potsdam, de Yalta, el Tratado de Londres de 1945 sobre la persecución y enjuiciamiento de los criminales de guerra, ni el tratado que terminó la guerra de Corea.

El Poder Legislativo estadounidense no se conforma con esta clase de la sustracción de los tratados internacionales de su control. En 1954 fue elevada al Presidente, pero no aprobada, la llamada enmienda Brickner, que privaba de validez a los tratados que no estarían de acuerdo con la Constitución y sometió al control legislativo los acuerdos ejecutivos. El 25-6-1969 el Senado votó una resolución, propuesta por William Fulbright, que supedita a la *consulta* previa con el Poder Legislativo los compromisos relativos al envío de las tropas al extranjero y la asignación de recursos financieros a un país extranjero.

En los últimos 20 años la relación entre el Poder Legislativo y el ejecutivo norteamericano ha procurado acelerar el modo de aprobación legislativa cuando se trata de acuerdos comerciales preferenciales mediante el mecanismo del Fast Track. Con este método se procura obtener la rápida aprobación de los convenios que requerirá la puesta en marcha del ALCA (Area de Libre Comercio Americana), pero el presidente Bill Clinton no ha obtenido todavía la anuencia del Congreso para utilizar esa vía en este caso concreto.

D. Registro

La causa de la Primera Guerra Mundial se imputó según una opinión en boga en aquel entonces, a un intrincado juego de cláusulas secretas en los tratados de alianza, por lo que el presidente estadounidense Woodrow Wilson se dedicó a una guerra sin cuartel contra los tratados secretos. En este sentido se expresa el art. 102 de la Carta de la ONU: los tratados no registrados serán sancionados con ineficacia relativa.

El art. 80 de la Convención de 1969 impone la obligación de registrar los tratados, después de su entrada en vigor, en la Secretaría General de la ONU, pero esta disposición carece de sanción.

E. Reservas

La Convención de 1969 adoptó una solución liberal al problema de las reservas en los artículos 19 a 23. Todo Estado podrá formular una reserva, ya sea en el momento de la firma, ya en la ratificación, la

aceptación o la aprobación de un tratado o de la adhesión al mismo. No lo podrá hacer únicamente, cuando la reserva esté prohibida por el tratado en general, o cuando la respectiva reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

Una reserva expresa o tácitamente autorizada por el tratado, no exigirá la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga. Pero necesitará la aceptación de todos los Estados negociadores, si ellos son pocos; o si del fin del tratado se deduce que su aplicación total es ineludible. Para el tratado constitutivo de una organización internacional, la reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización.

Para que una reserva sea efectiva, debe modificar con respecto al Estado autor de la misma, las disposiciones del tratado a que ella se refiere y en la medida determinada por dicha reserva. Pero no modificará las disposiciones del tratado en lo que respecta a las otras partes, en sus relaciones entre sí.²¹

Cada reserva descompone, prácticamente, el tratado en dos: uno concluido por los Estados que aceptaron la reserva y otros que la rechazaron. Como tal desdoblamiento se produce ante cada reserva, prácticamente estamos en presencia de un conjunto de tratados, cuyo número obtendremos, multiplicando el número de reservas por dos.

Sin embargo esta norma liberal es solamente dispositiva, porque las partes pueden prohibir las reservas en general.

Por otro lado el propio convenio impone una limitación, prohibiendo las reservas que no serían compatibles con el objeto y el fin del respectivo tratado: por lo tanto acepta el criterio que la CIJ adoptó en su dictamen de 1951, sobre las reservas a la Convención sobre el Genocidio. Oportunamente, hemos expresado nuestro juicio acerca de sus méritos e inconvenientes.

El régimen sobre reservas establecido en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 presenta algunas ambigüedades e incertidumbres que había que despejar. Se observó además que dicho régimen no ofrecía mecanismos para determinar la incompatibilidad de las reservas con el objeto y fin de los tratados ni señalaba a qué órganos les correspondía efectuar ese examen. En el informe presentado en su cincuenta período de sesiones del 20 de abril al 12 de junio de 1998,

²¹ De tal modo la Convención de 1969 adoptó una solución pluralista, de acuerdo al concepto soviético.

la CDI expuso las conclusiones preliminares de su estudio sobre las reservas de los Tratados multilaterales normativos, incluidos los Tratados de Derechos Humanos. Estas fueron:

a) *Aplicabilidad del régimen de Viena a los Tratados de Derechos Humanos*: El criterio de numerosas delegaciones coincidió con esta conclusión que coincide con la de la CIJ en su opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, quinta esencia de los Tratados de Derechos Humanos. No era necesario por lo tanto modificar el régimen de Viena.

b) *La función de los órganos de vigilancia respecto a las reservas*: Se observó que los órganos de vigilancia sólo estaban facultados para expresar opiniones o formular recomendaciones. Y no podían tomar decisiones vinculantes salvo disposición en contrario.

La segunda opinión representaba a los Estados que querían ejercer mayor control sobre los órganos de vigilancia.

c) *Consecuencias de las conclusiones de los órganos de vigilancia respecto de la inadmisibilidad de las reservas*: El rechazo de una reserva por inadmisibile imponía al Estado que la hubiere formulado cierto deber de acción o decisión. Debía facilitarse la comunicación entre los Estados que formularan reservas y los que se opusieran a ellas. Los órganos de vigilancia también podían intervenir en la verificación de esas medidas y colaborar en posibles soluciones.

d) *Cláusula de salvaguardia*: El proyecto dejó a salvo las reglas y prácticas especiales regionales y aclaró que no debía interpretarse como una invitación a fragmentar la unidad del d.i. en materia de reservas. No se trató de una excepción al régimen de Viena. Se encomendó el estudio de las reservas a normas de *ius cogens*.

13. Aplicación e interpretación

A. Aplicación

De acuerdo al principio *pacta sunt servanda*, todo tratado entra en vigor para las partes desde una determinada fecha, a partir de la cual deben ejecutarlo de buena fe —como lo estipula el art. 26 de la Convención de 1969—. Sin embargo, los tratados imponen ciertas obligaciones —de abstención— a las partes, incluso antes de entrar en vigor (art. 18) y no surten ningún efecto retroactivo, de acuerdo al art. 28. El art 27 complementa el artículo anterior, aclarando el alcance del

principio *pacta sunt servanda* (los convenios deben acatarse). Un Estado no puede invocar su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Abordamos más detenidamente esta materia dentro del contexto de las relaciones entre el d.i. y el interno. Tanto menos puede invocar una parte la violación de su propio derecho interno, como un vicio de consentimiento, a menos que esta violación sea objetivamente evidente (art. 46).

Las obligaciones que imponen diversos tratados pueden contradecirse. Para la solución de los litigios de esta índole se aplican los principios generales del derecho: la ley posterior deroga a la anterior; en todo derecho lo genérico es derogado por lo específico; lo primero en el tiempo es posterior en el derecho. A veces acuerdan de antemano declaraciones de compatibilidad, que afirman la ausencia de contradicciones entre los tratados sucesivos. También se promulgan estipulaciones de incompatibilidad, que sacrifican uno de los tratados incompatibles, como puede ser el tratado bilateral incompatible con el multilateral anterior.²²

La Convención de 1969 dio una solución a este problema en el art. 30, contemplando una serie de situaciones que pueden presentarse en la práctica.

B. Terceros Estados

“Los tratados no crean obligaciones ni derechos para terceros Estados sin su consentimiento”—estipula el art. 34 del Convenio de 1969—. Expresa simplemente el notorio principio del derecho romano: *Res inter alios acta nec nocere nec poere potest* (lo celebrado entre otros no puede ni dañar ni ayudar), principio que ha sido incorporado al d.i. ya con anterioridad. Numerosos tratados de arbitraje sustraen a la solución arbitral los litigios que afectan los intereses de los terceros Estados, lo que fue confirmado por la jurisprudencia internacional en los casos de *Chorzow* y *Las Palmas*.

Según hemos mencionado oportunamente,²³ puede contribuir a la formación de una norma consuetudinaria una cláusula de estilo que, si bien se formula en un tratado bilateral, se repite en otros hasta extender su validez, en tal forma que comprende la generalidad de los

²² Dictamen de la CPJI del 5 de setiembre de 1931.

²³ Véase N° 8 A.

Estados. Por ejemplo, la misma norma se repite en un tratado argentino-uruguayo, argentino-chileno y chileno-uruguayo, etc., y todos estos Estados admiten su vigencia. Como ejemplo clásico de esta clase de generalización de una cláusula de estilo se nombra la llamada "cláusula belga", incluida en la mayoría de los tratados sobre extradición que priva a los regicidas del beneficio de asilo aplicado a los delitos políticos.

Cabe mencionar, dentro del presente contexto, que una situación en cierta medida análoga se plantea ante una codificación que no haya sido llevada a cabo con la expresa cláusula *erga omnes* (para todos). Una norma consuetudinaria no tiene por qué perder su vigencia, al ser codificada, para los Estados que no tomaron parte en la codificación. Desgraciadamente, tal fue el caso del convenio sobre la protección de los prisioneros de guerra, concluido en Ginebra en 1929.

Un tratado puede imponer una obligación a un tercer Estado bajo una doble condición, como estipula el art. 35 del Convenio de 1969, si tal es la intención de los Estados firmantes y si expresamente acepta esa obligación el respectivo Estado no firmante. La revocación o modificación de una obligación de esta clase necesita la aprobación de los Estados firmantes del tratado y del tercer Estado (art. 37). Sin embargo, aun sin tal aceptación, son obligatorios para terceros Estados ciertos convenios que establecen un *status territorial* o, en general, crean una situación jurídica objetiva. Por ejemplo a Suecia y Finlandia puede oponérseles la desmilitarización de las islas de Aland, impuesta por el convenio de París de 1858, aunque este convenio no fue firmado por ellas sino por Rusia.

Un tercer Estado ¿puede beneficiarse de un tratado que no firmó? Soluciona este problema el art. 36 del Convenio de 1969: afirmativamente en el caso de que tal fuera la intención de las partes y si el tercer Estado acepta el derecho conferido, expresa o por lo menos tácitamente. El citado artículo solucionó una cuestión litigiosa. Como ocurrió con el tratado de 1815 que instituyó *zonas francas* en Gex y Alta Saboya, a favor del cantón suizo de Ginebra.²⁴

Por otro lado, el citado art. 36 no contempla la llamada cláusula de la nación más favorecida, en cuya virtud dos Estados se comprometen a hacerse beneficiar recíprocamente por el tratado que hayan acordado o que acuerden en el porvenir con terceros Estados.

²⁴ Fallo de la CPJI de 1934.

C. Interpretación

Los artículos 31, 32 y 33 del Convenio de 1969 contienen normas relativas a la interpretación de los tratados. La regla general es (art. 31) que un tratado debe interpretarse de buena fe, atribuyendo a sus términos su sentido corriente (si las partes no manifestaron la intención de darle otro sentido), teniendo en vista el objeto y fin del tratado. Además del propio tratado (incluso el preámbulo y los anexos) debe tomarse en cuenta todo acuerdo concertado entre las partes en ocasión de celebrarse el tratado y todo instrumento relacionado al mismo. Por otra parte cabe tener en consideración todo acuerdo entre las partes relativo a la aplicación o interpretación del respectivo acuerdo, y toda práctica seguida ulteriormente. Fuera de este extenso contexto del tratado, se aplicarán, en la interpretación, las normas del d.i. que rigen entre las partes.

Recién si las pautas señaladas de interpretación resultan insuficientes, o si llevan a un resultado ambiguo e incluso manifiestamente absurdo, puede recurrirse a los trabajos preparatorios del tratado o a las circunstancias de su celebración (art. 32). El recurso a los trabajos preparatorios está limitado al caso de la interpretación de los convenios constitutivos de las organizaciones internacionales. Por ejemplo: la Carta de las Naciones Unidas fue debatida y firmada por los 51 Estados originarios, los demás miembros, admitidos desde entonces, no se consideran vinculados por las opiniones de los miembros originarios.

Si el texto del tratado ha sido traducido en dos o más idiomas, y no da la prioridad a ninguno de ellos, en el caso de discrepancia, se optará por el texto que mejor concilie los sentidos divergentes, de acuerdo a la finalidad del tratado (art. 33).

Con esta doble referencia al fin y objeto del tratado, el convenio adopta un método de interpretación mucho más amplio que la jurisprudencia tradicional.

A los criterios de interpretación de los tratados nos referimos en las anteriores ediciones del libro. No obstante cabe aclarar que: 1. La *regla de la buena fe* se basa en el principio del *pacta sunt servanda*, y es fundamental para el funcionamiento de cualquier construcción jurídica. Al decir del jurista español Juan A. Carrillo Salcedo su exclusión sólo podría hacerse al precio de destruir el derecho internacional como ordenamiento jurídico,²⁵ 2. La regla de la *primacía del texto*, el

²⁵ Carrillo Salcedo, "Soberanía del Estado y Derecho Internacional", Madrid, 1976, p. 200

cual se debe aplicar de acuerdo al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos, conforme dejó sentado la CPJI en su dictamen sobre el Servicio Postal polaco en Dantzig: “Es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tengan normalmente en su contexto, a menos que la interpretación así dada conduzca a resultados irrazonables o absurdos”. 3. La consideración del *objeto y fin* del tratado es la tercera regla de interpretación. Según Paul Reuter, ese criterio consolida objetivamente al principio de la autonomía de la voluntad.²⁶ 4. Con relación al *alcance y contenido del texto*, la Convención de Viena deja en claro que el texto incluye al Preámbulo y a los Anexos. También en calidad de contexto deben incluirse al protocolo de firma, los acuerdos suplementarios, las declaraciones de los Estados Partes en ocasión de la firma de los tratados. 5. También forma parte de la denominada *interpretación auténtica*, la consideración de los acuerdos posteriores entre las Partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, y toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, en tanto y en cuanto haya una manifestación expresa de la voluntad de las partes.

También existen *reglas complementarias* en materia de interpretación que son las incluidas en el art. 32 de la Convención de Viena, es decir: *los trabajos preparatorios*, propiciada por la concepción voluntarista del d.i. Este concepto incluye las actas que contienen las deliberaciones realizadas durante la negociación, y las notas diplomáticas cursadas entre los Estados en las mismas circunstancias. La CPJI ha dicho al respecto: “Si el contexto no es suficientemente claro para establecer el sentido exacto en el que las Partes en litigio han empleado estas palabras en el compromiso, el Tribunal, según su jurisprudencia, debe recurrir a los trabajos preparatorios de este acto para informarse sobre la verdadera intención de las Partes”.²⁷ A su vez, la *interpretación histórica* tiene en cuenta las “circunstancias de la celebración del tratado”.

Otros medios de interpretación son: 1. La regla del *efecto útil*, que consiste en interpretar al tratado de modo de asegurar el cumplimiento de su objeto y fin, ha sido recepcionada por la jurisprudencia internacional en el caso sobre “La interpretación de los Tratados de Paz” de junio de 1950, y se asimila a la máxima romana: “*ut res magis valeat quam pereat*”,²⁸ y 2. La regla de la *interpretación restrictiva*, respecto al cual

²⁶ Reuter: La Convention de Vienne sur le Droit des Traités, París, 1970, p. 174.

²⁷ Asunto francoheleno de los faros de Creta y Samos. CPJI. Serie A/B nro. 62, p. 13.

²⁸ CIJ, Recueil, 1950, p. 229.

se refiere el fallo sobre las “Zonas francas”, donde se estableció que en caso de limitación de soberanía debe ser interpretada restrictivamente.²⁹

La autonomía de la voluntad y los límites del tratado internacional: Ya nos hemos referido a las limitaciones de forma: debe ser escrito, y los sujetos que pueden celebrarlos son los Estados. Ahora nos referiremos a límites en cuanto al contenido, como son las que devienen del “*ius cogens*”, ya que los Estados no pueden celebrar acuerdos contrarios al mismo. Así lo establecen los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena y la jurisprudencia de la CPJI, de la CIJ y de los fallos arbitrales, como el laudo entre Guinea-Bissau y Senegal, que define como de *ius cogens* a “ciertas normas jurídicas que no son susceptibles de derogación por vía convencional”.³⁰

De acuerdo a la sistematización efectuada por el profesor Barberis, estas normas limitan a los tratados en sus ámbitos de validez material, personal, temporal y espacial. Es decir que su contenido no puede ser objeto de una prohibición del d.i., como sería un convenio que promueva el genocidio (validez material). En lo que hace a la validez personal, el principio es que un tratado no puede imponer obligaciones a terceros Estados (*pacta tertiis non nocent*). Así lo reconoció la Convención de Viena en sus arts. 34 y 35. La excepción se plantea en los tratados objetivos, que crean un nuevo Estado o que establecen una reglamentación territorial. Respecto a la validez temporal, no se podría enunciar una norma que pretenda mantenerse como válida aún cuando luego de su creación se oponga una norma de *ius cogens* surgida posteriormente. En materia espacial los contratantes no pueden regular conductas que deban cumplirse en un territorio sobre el cual no tengan jurisdicción ni autoridad de ningún tipo. Barberis también señala la imposibilidad de derogar ciertas normas que no pertenecen al *ius cogens*, como el “*pacta sunt servanda*”, o que el tratado posterior deroga al anterior, porque se caería en una contradicción lógica. Hay también limitaciones convencionales, como las derivadas de: a) la incompatibilidad de tratados concertados entre las mismas Partes, b) incompatibilidad de tratados concertados entre Partes distintas (se genera en ese caso responsabilidad pero no nulidad) y c) incompatibilidad de un tratado con otro concertado entre un número restringido de Estados que participaron del primero. Este último caso sólo se da cuando un tratado

²⁹ CPJI, Serie A/B, Nro.46, p. 167.

³⁰ CPJI, Serie A/B Nro. 41, p. 234; CIJ, Recueil 1966, p. 298 y sentencia arbitral del 31-7-89 entre Guinea Bissau y Senegal en RGDIP, 1990, p. 234.

prevé la nulidad de toda convención de contenido contrario, pero ese compromiso no es de *ius cogens*, sino que constituye una limitación convencional.³¹

14. Nulidad, terminación, suspensión

Una notoria causa del caos en las relaciones internacionales, es la denuncia de los tratados, bajo tal o cual pretexto. Este peligro acrece ante la tendencia (que señalamos oportunamente) de ensanchar desmesuradamente el concepto de violencia como vicio del consentimiento. Contra aquella debilidad del d.i. se dirige el art. 42 de la Convención de 1969, que estipula que la validez de un tratado puede impugnarse únicamente en virtud de las disposiciones de la nombrada convención. O sea que sería delictiva la terminación o denuncia de un tratado o retiro de él que no encuadre dentro del articulado del convenio, como también la suspensión del tratado. Y la causa de la nulidad, terminación o suspensión del tratado puede alegarse no sólo en su totalidad sino también parcialmente, en las condiciones que especifica el art. 44. Pero, de acuerdo al art. 45, un Estado no podrá alegar aquellas causas si, después del conocimiento de los respectivos hechos, admite, expresa o tácitamente, que a pesar de ellos, el tratado queda en vigor.

A. Derecho imperativo

Un contrato civil o comercial no puede violar ninguna norma del derecho positivo; ¿se extiende este principio también a los tratados internacionales?

Según algunos autores, cada norma del d.i. puede derogarse por una norma convencional posterior; por lo tanto todo el d.i. estaría limitado a normas dispositivas y carecería por completo de normas imperativas. Otros internacionalistas no compartían aquel parecer. La controversia fue solucionada por el Convenio de 1969, cuyo art. 53 estipula la nulidad de todo tratado que, en el momento de la celebración, esté en oposición con una norma imperativa de d.i. general. Según aclara el citado artículo, para los efectos del presente convenio, se considera como imperativa una norma aceptada y reconocida por la

³¹ Barberis, Julio, op.cit., .ps. 49 a 61.

comunidad de los Estados como norma. El artículo no toma en consideración el d.i. regional, y se limita al universal.

El art. 53 precisa la vigencia de la norma imperativa en el ámbito temporal, en el momento de la celebración del tratado. Es una precisión laudable, porque toma en cuenta el aspecto dinámico del d.i., que hoy día se manifiesta más que nunca. Pero ¿qué ocurre, si surge una nueva norma imperativa con posterioridad a la celebración de un tratado? Contesta a esta cuestión el art. 64: todo tratado existente que esté en oposición a aquella nueva norma imperativa, será nulo.

Es mucho más complejo el problema del alcance sustancial del artículo 53: ¿qué normas del d.i. son coactivas? Al elaborar el proyecto del convenio, admitió la Comisión de d.i. de la ONU esta dificultad; no pudo ponerse de acuerdo acerca de la precisión del artículo 53. Y no es de extrañar, que tampoco la conferencia de 1969 haya logrado esta tarea, aunque no hubo ninguna resistencia mayor contra la aceptación del nombrado artículo. Algunos consideraron, incluso, que un tratado incompatible con el d.i. coactivo supera la imaginación y que no es otra cosa que una hipótesis meramente académica.

Ante la ausencia de una solución al problema del contenido del *ius cogens* en el d.i. vigente y hasta en el plano de *lex ferenda* hay que recurrir a la doctrina. Nos facilitan esta tarea Julio Barberis y Eduardo Gralla, quienes realizaron una valiosa investigación sobre el problema de la antijuridicidad sustancial de los tratados internacionales, confrontando opiniones dispersas a través de la literatura del derecho internacional.

Se refieren a las contribuciones de los internacionalistas ingleses: Lauterpacht, Fitzmaurice y Waldock, relatores de la Comisión de d.i. de la ONU en materia del proyecto del convenio sobre los tratados. Y la jurisprudencia proporciona tan sólo dos sentencias de la CPJI: en los casos de la *Unión aduanera germano-alemana* y de *Oscar Chinn*. Además de estos dos casos señalados por el internacionalista alemán,³² cita el argentino Julio A. Barberis³³ otros más: *Pesquerías del Atlántico Norte* de 1910, *Nuremberg* de 1948, *Reservas al Convenio sobre Genocidio*, del *Estrecho de Corfu*, del *Sur Oeste africano*, de *Plataforma Continental del Mar del Norte* (opiniones disidentes).

Son coactivas las normas jurídicas que obedecen a la máxima *pacto*

³² Gralla, p. 114.

³³ Barberis, 1969, ps. 37-40.

privatorum mutati non potest o sea, que no pueden ser cambiadas por un simple acuerdo entre los particulares, pero no es preciso que puedan ser impuestas por medio de una sanción coactiva.

En la doctrina, la abrumadora mayoría admite la existencia de normas coactivas en el d.i., y son pocos los autores que la niegan. Pero, según ha demostrado la antes expuesta experiencia de la Comisión del d.i., resulta sumamente difícil abarcar su contenido en una fórmula de validez general. Puede expresárselo tan sólo interpretando las normas de un caso particular (Sauer), porque cada norma del d.i. general determina si es coactivo o meramente dispositivo el derecho que ella contiene (Waldock, von der Heydte).

Algunas normas coactivas podrían deducirse de los principios fundamentales del d.i. Así del principio *pacta tertiis nec nocent* se deduce la prohibición de los tratados perjudiciales para terceros Estados, por ejemplo: un tratado que obligue a la agresión o al apoyo a la agresión, a la limitación de la independencia o de la soberanía territorial de otro Estado, que disfrace o facilite la violación del d.i., o inste a no cumplir los tratados celebrados con terceros Estados, etc. Según Barberis, el d.i. positivo admite como normas coactivas las que reprimen la trata de negros y de blancas, el genocidio y *pacta tertiis nec nocent*.³⁴⁻³⁵

Según la opinión dominante, el *ius cogens*, puede ser creado por la costumbre y los principios generales del derecho.³⁶ Las normas del *ius cogens* tienen por objeto la protección de ciertos valores, reconocidos por la *opinio juris* universal, tales como la dignidad de la persona humana, la vida y consideraciones sobre la humanidad.

³⁴⁻³⁶ Con pocas excepciones (como Barberis, Verdross o Martens), los internacionalistas no enfrentan este problema, y se limitan a las generalidades. En cuanto al *ius cogens supervises* un derecho coactivo que podrá surgir en el porvenir, y cuya validez admite de antemano el artículo 64 de la Convención de 1969, puede quitar la validez tan sólo a un tratado celebrado por los Estados que tomaron parte en su formación (Kelsen, Dahm, Gralla).

El internacionalista argentino Julio A. Barberis abordó el problema del derecho coactivo en una investigación más amplia, que realizó en el Centro de Investigaciones y Estudios de la ADI en La Haya.

³⁶ Un solo autor que reclama esta competencia para el derecho convencional, el ruso Tunkin quien considera que el *ius cogens* puede ser creado por el derecho normativo pero el tratado, creación de un grupo de Estados, no puede imponer el derecho coactivo a los Estados que no lo firmaron, y lo explica por la posición particular de la doctrina soviética ante las fuentes del d.i.

Se logra esta clase de reconocimiento a través de dos fuentes formales: la costumbre internacional y los principios generales del derecho. El tratado, creación de un grupo de Estados, no puede imponer el derecho coactivo a los Estados que no lo firmaron.³⁷

El art. 71 prevé el procedimiento a seguir para estas dos disyuntivas: la discrepancia con una norma imperativa ya vigente con la creada posteriormente.

En el primer caso (o sea el previsto en el art. 53), las partes deberán primero eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que haya sido ejecutado en virtud de una disposición convencional que esté en oposición a una norma imperativa del d.i., y segundo, ajustar a la nombrada norma sus relaciones mutuas.

En el segundo caso, como el tratado será nulo, la terminación de su vigencia liberará a las partes de toda obligación impuesta por él. Sin embargo, la anulación no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes, creadas por la ejecución del tratado con anterioridad a su terminación. Pero estos derechos, obligaciones o situaciones podrán en adelante mantenerse tan sólo en la medida en que esto no esté, por si mismo, en oposición con la nueva norma imperativa.

B. Vicios de consentimiento

Según hemos mencionado oportunamente,³⁸ y como demuestra Rousseau,³⁹ merecen mucha cautela las analogías entre el derecho civil y el d.i., pero los principios relativos a los contratos civiles tienen una amplia aplicación a los tratados internacionales. La validez de unos y de otros depende no sólo de la capacidad de las partes sino también de su libre consentimiento.

Como persona de existencia ideal, el Estado puede obligarse únicamente por medio de su representante. Pero si este último va más allá de sus competencias, el respectivo Estado puede alegar esta transgresión, como un vicio del consentimiento, únicamente si los

³⁷ Los internacionalistas soviéticos que investigaron a fondo el problema del derecho coactivo son Aleksidze y, sobre todo, Tunkin (véase Uibopuu, ps. 135-139). Mazard, 1963.

³⁸ Véase Nº 3 B.

³⁹ Rousseau, op. cit., párs. 6, I, 106, 186, 278, 303, *6, 586, 789 y 852.

demás Estados contratantes han sido informados con anterioridad sobre las verdaderas facultades del respectivo representante (art. 47 del Convenio de 1969). Y el art. 50 agrega otro vicio de consentimiento: el cohecho del representante.

Como otros vicios de consentimiento pueden alegarse el dolo (art. 49) o el error (art. 48), pero este último únicamente si se refiere a un hecho o una situación, cuya existencia diera por supuesta el respectivo Estado, en el momento de la celebración del tratado, y que constituyera una base esencial de su consentimiento.

¿Puede alegarse como vicio del consentimiento la coacción? Aquí es preciso distinguir, si la víctima de la violencia fue el propio Estado o su representante, quien celebró el tratado.

Según el art. 51 del Convenio de 1969, carece de todo efecto jurídico un tratado, si el representante de un Estado parte expresó el consentimiento coaccionado por actos o amenazas, dirigidos contra él personalmente. De tal modo alcanzó jerarquía de norma convencional un principio general del derecho, tradicionalmente admitido en la doctrina.

Es distinto el caso del art. 52 que califica de nulo el tratado cuya celebración fue obtenida por el uso o la amenaza de la fuerza, con violación de los principios de la Carta de la ONU. Cada Estado vencido firma el tratado de paz bajo la coacción de que las fuerzas armadas del vencedor proseguirán la ofensiva, quizás incluso hasta la ocupación total de su territorio, no podrá evitar la conclusión del tratado de paz, y sus condiciones empeoran, por lo general, a medida que demora la firma, resistiendo.

Las disposiciones de un tratado nulo carecen de toda fuerza jurídica. Si algunos actos ya se ejecutaron en virtud de este tratado, toda parte puede exigir de otras el restablecimiento de la situación anterior a la ejecución de los nombrados actos. No se beneficiará de esta disposición el Estado culpable de dolo, cohecho o coacción. Sin embargo no resultarán ilícitos, por el solo hecho de la nulidad del tratado, los actos ejecutados de buena fe, antes de que se haya alegado la nulidad.

La terminación del tratado exime a las partes de las obligaciones que él impuso, pero no afecta ningún derecho, obligación o situación jurídica creadas en virtud del tratado antes de su terminación. Esta norma (el art. 70) es meramente dispositiva. Puede ser derogada por el tratado o un acuerdo particular entre las partes. Si un Estado denuncia el tratado o se retira de él, la mencionada regla se aplicará

a las relaciones entre el respectivo Estado y todas las demás partes, desde la fecha en que sea efectiva la denuncia o el retiro.

Al suspenderse la aplicación de un tratado, las respectivas partes serán eximidas, durante el período de suspensión, de la obligación de cumplirlo, en sus relaciones mutuas. Las partes tendrán que abstenerse de todo acto susceptible de obstaculizar la reanudación de la aplicación del tratado suspendido (art. 72).

C. Terminación y suspensión

Un tratado puede darse por terminado o una parte puede retirarse de él, si esto está previsto en el respectivo tratado; sino, necesita el consentimiento de las demás partes (art. 54). Pero no se terminará por el solo hecho de que el número de partes resultara inferior al que era necesario para que el tratado entre en vigor (art. 55).

Numerosos tratados contienen disposiciones relativas a su terminación, y en otros las partes manifiestan, implícitamente, la intención de admitir su denuncia o el retiro de él; a veces esta facultad puede deducirse de la naturaleza del tratado. En tal caso, la denuncia o el retiro requiere por lo menos un año de antelación. En ausencia de tal disposición, ya sea expresa o tácita, la parte no puede denunciar el tratado ni retirarse de él (art. 56).

La aplicación de un tratado puede suspenderse de acuerdo a una disposición del mismo, o al consentimiento de las partes (art. 57). También puede suspenderse su aplicación entre algunas partes solamente, en las condiciones que estipula el art. 58.

Por otro lado, un tratado puede terminar o suspender su aplicación en virtud de un tratado posterior (art. 59) o de su violación (art. 60).

D. Imprevisión

La Convención de 1969 soluciona este delicado problema en su art. 62. Admite que podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado (o retirarse de él), el cambio fundamental de circunstancias, bajo una doble condición: 1) Las circunstancias que cambiaron constituyen la base esencial del consentimiento de las partes. 2) Que este cambio tenga por efecto la modificación radical del alcance de las

obligaciones que todavía deben cumplirse en virtud del tratado.⁴⁰ Las mismas causas pueden alegarse para suspender la aplicación del tratado. Pero no puede alegarse el cambio de las circunstancias, producido por la violación realizada por la parte que lo alegue, de una obligación internacional diferente con respecto a las demás partes en el tratado. Tampoco puede invocársela contra un tratado que establece una frontera. De tal modo la Convención de 1969 admite en principio, la cláusula *rebus sic stantibus*, como fundamentación de la denuncia de un tratado o retiro del mismo, pero tan sólo bajo determinadas condiciones.

Las condiciones pueden cambiar tanto, que la ejecución del tratado ya no resultará sólo excesivamente gravosa sino completamente imposible. Contempla esta situación el art. 61 del Convenio de 1969: una parte puede alegar la imposibilidad de cumplir el tratado, para darlo por terminado o retirarse de él, si desaparece, o se destruye definitivamente un objeto indispensable para el cumplimiento del mismo. La imposibilidad temporal fundamenta únicamente la suspensión de la aplicación del tratado.

E. Procedimiento

El Convenio de 1969 establece, en los artículos 69 a 72, los procedimientos aplicables a la nulidad o terminación de un tratado, al retiro de él o la suspensión de su aplicación.

Un Estado que alegue un vicio de su consentimiento, u otra causa para impugnar la validez del tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, deberá notificar a las demás partes su decisión y la fundamentación jurídica de ésta. Si no hay objeciones (dentro de un plazo no menor de 3 meses, salvo los casos de urgencia especial), el nombrado Estado puede llevar a la práctica su propósito. En caso contrario se plantea la controversia, que podrá solucionarse por uno de los procedimientos que enumera la Carta de la ONU en su art. 33.

El art. 66 indica la conducta a seguir para el caso de que las partes no lleguen a ningún acuerdo dentro del año en que fuera formulada

⁴⁰ Según una investigación que realizó Lissitzyn (1967), la parte que invoca la cláusula *rebus sic stantibus* no considera, por lo general sus obligaciones por terminadas, sino que reclama el derecho de suspender el cumplimiento de las mismas.

la objeción. Por un lado, una de las partes en la controversia puede someterla a la CIJ, a menos que las partes opten, de común acuerdo, por el arbitraje. Por otro lado, puede someterse el litigio a un amigable componedor, de acuerdo al procedimiento que está detallado en el anexo a la Convención.

F. La cláusula de la Nación más favorecida

El tema de “la cláusula de la nación más favorecida”, fue seleccionado para su codificación por la CDI, debido a su indudable trascendencia.

El convenio sobre el Derecho de los Tratados define a la cláusula de la nación más favorecida como “una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado se obliga a conceder el trato de la nación más favorecida a otro Estado en una esfera convenida de relaciones” (art. 49). Por el artículo 39 se determinan las cláusulas excluidas del alcance de la convención.⁴¹

La CDI tuvo en cuenta los inconvenientes que presenta esta cláusula frente a los diferentes niveles de desarrollo económico existente entre los países del mundo.⁴²

⁴¹ Dice el art. 39: “El hecho de que los presentes artículos no se apliquen, ni a una cláusula sobre el trato de la nación más favorecida contenida en un acuerdo internacional entre Estados no celebrado por escrito, ni a una cláusula contenida en un acuerdo internacional en virtud de la cual un Estado se obliga a conceder a un sujeto de derecho internacional distinto de un Estado un trato no menos favorable que el otorgado a cualquier sujeto de derecho internacional, ni a una cláusula contenida en un acuerdo internacional en virtud de la cual un sujeto de derecho internacional distinto de un Estado se obliga a conceder a un Estado el trato de la nación más favorecida, no afectará: a) al efecto jurídico de tal cláusula; b) la aplicación a tal cláusula de cualquiera de las normas enunciadas en los presentes artículos a los que estuviere sometida en virtud del derecho internacional; c) la aplicación de las disposiciones de los presentes artículos, a las relaciones de los Estados entre sí, en virtud de “cláusulas por las que unos Estados se obliguen a conceder el trato de la nación más favorecida a otros Estados, cuando tales cláusulas figuren en acuerdos internacionales celebrados por escrito en los que sean así mismo partes otros sujetos de derecho internacional.

⁴² La CDI tuvo en cuenta el informe de la UNCTAD, titulado “El comercio internacional y la cláusula de la nación más favorecida”.

G. Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales

Recién el 20 de marzo de 1983 la conferencia de Viena convocada al respecto adoptó la Convención sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, que comprende un preámbulo, 86 artículos y un anexo.⁴³

Análisis comparado de las Convenciones de Viena

Se define por "tratado", a los efectos de la Convención, un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, se trate de un acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular.

El proyecto de articulado elaborado por la CDI mantuvo el principio de la igualdad de las partes contratantes, y, en todo lo que no sea específico del tema remite a la Convención de Viena de 1969. Por el artículo 39, se determinan cuales son los acuerdos internacionales no comprendidos en el ámbito de la convención y en la Parte II del proyecto de convención (artículos 6º a 188), se refieren a la celebración y entrada en vigor de los tratados, con particular referencia a la capacidad de las organizaciones internacionales para celebrar tratados.⁴⁴

Las principales materias que trata la Convención son las siguientes: celebración y entrada en vigor de los tratados (Parte II); observancia, aplicación e interpretación de los tratados (Parte III); enmienda y modificación de los tratados (Parte IV); nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados (Parte V); disposiciones diversas (Parte

⁴³ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, celebrada en Viena en 1969, aprobó una resolución titulada "Resolución relativa al artículo 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", como anexo al acta final, que encomendaba a la Comisión de Derecho Internacional el estudio de la cuestión de los tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales. (Res. AG. 2501/69).

⁴⁴ Anuario de la CDI, 1973 - 25º periodo de sesiones - Vol. II, e "informe de la CDI sobre la labor realizada en su 279 periodo de sesiones (5-5 al 5-7-75).

VI), que se refiere entre otras cuestiones a la relación de la Convención con la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La Convención no prejuzga las cuestiones que con relación a un tratado puedan surgir de: a) sucesión de Estados; b) de la responsabilidad internacional de un Estado; c) de la ruptura de hostilidades entre Estados; d) de la responsabilidad internacional de una organización internacional; e) de la terminación de su existencia; f) de la terminación de la participación de un Estado en calidad de miembro de la organización. Las cuestiones que puedan surgir por la creación de obligaciones y derechos para los Estados miembros de una organización internacional en virtud de un tratado en el que esa organización sea parte (Parte VII). Los procedimientos de arreglo judicial, de arbitraje y de conciliación mencionados en el art. 66 de la Convención se especifican en un anexo.

El 21 de marzo de 1986, la Convención quedó abierta a la firma de todos los Estados y de Namibia, representada por el Consejo de NU para Namibia, y de las organizaciones internacionales invitadas a participar en la conferencia.

En la Argentina fue aprobada por nuestro Congreso el 10 de mayo de 1990 y promulgada en ley 23.782 el 28 de mayo de ese mismo año.

En cuanto al ámbito de validez personal, la Convención de Viena de 1969 se refería a una relación de Estado a Estado, mientras que la de 1983, se refiere a acuerdos entre Estados y organizaciones internacionales, o de organizaciones internacionales entre sí.

Respecto al ámbito de validez temporal, en ambos se aplica el principio de irretroactividad, excepto las normas consuetudinarias que se aplican igualmente a Estados para los cuales no está en vigor. Por ejemplo, en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte se rechazó la aplicación de la Convención de 1958 de Ginebra sobre Mar por injusta.

El ámbito de validez territorial, si bien no está prevista en las Convenciones de Viena, el derecho internacional habla de la totalidad del territorio de los Estados partes con todos los espacios sometidos a su jurisdicción.

No se regulan en las Convenciones casos de sucesión de Estados.⁴⁵

⁴⁵ La nueva Convención no afecta: a) al valor jurídico de tales acuerdos, b) a la aplicación a los mismos de cualquiera de las normas enunciadas en la presente Convención a que estuvieren sometidos en virtud del derecho internacional indepen-

15. Actos unilaterales

Los manuales y tratados generalmente pasan por alto los negocios (actos) unilaterales o se limitan a definirlos y enumerarlos.⁴⁶ Son pocos los manuales que desarrollan,⁴⁷ o por lo menos señalan,⁴⁸ esta materia, que, por lo general, no trasciende el nivel de los estudios especializados,⁴⁹ frecuentes, particularmente en la doctrina italiana (la cual ha desarrollado toda una teoría general de los negocios unilaterales).

La manifestación de voluntad de un Estado puede producir el efecto jurídico deseado; esta clase de declaración se llama negocios jurídicos unilaterales. Verdross los clasifica: 1) en negocios independientes y 2) los que dependen de otros negocios jurídicos.

Negocios jurídicos unilaterales *independientes* son:

La *notificación*, o sea la comunicación que un Estado hace a otro sobre un hecho que tiene determinadas consecuencias jurídicas. La notificación puede ser obligatoria o libre.

Por el *reconocimiento* se acepta como legítimo un determinado Estado de cosas o una determinada pretensión; el reconocimiento implica, pues, que el Estado que reconoce no puede después negar la legitimidad del respectivo estado de cosas o pretensión.

La *protesta* es la declaración que niega la legitimidad de una determinada situación. Pero como el silencio puro y simple no significa reconocimiento, la formulación de una protesta es necesaria únicamente cuando, según la situación correspondiente, cabe esperar una toma de posición. En tal caso la omisión de la protesta significa el silencio. Una práctica semejante tienen los ingleses a través del *stoppel*.

La *renuncia* es la declaración por cuyo medio se abandona

dientemente de la Convención, ni c) a la aplicación de la Convención de las relaciones entre Estados y organizaciones internacionales o a las relaciones de las organizaciones entre sí, cuando estas relaciones se rijan por acuerdos internacionales en los que fueren asimismo partes otros sujetos de derecho internacional.

⁴⁶ Como, Por ejemplo, Verdross, 1961, ps. 130-132.

⁴⁷ Como Vellas 1967, ps. 201, 206

⁴⁸ Como Reuter 1902, ps. 36, 87; 1959, p. 153.

⁴⁹ Garlar, 1933; Pfluger, 1936, Biscontinini, 1943 y 1951, Suy, 1962; Venturini 1964; Brüel, 1932; Cansacchi, 1934; Olivi, 1943; Gerbos, 1953; Krüger, 1954; De Noval, 1957; Kiss, 1961; Bentz, 1963; Reuter, 1956; Charpentier, 1965; Carrillo Salcedo, 1959.

determinada pretensión; por lo tanto implica la extinción de un derecho subjetivo del Estado que la expresa.

La *promesa* es una declaración por la que el Estado se obliga a una determinada conducta; se distingue de una simple comunicación.

Por su parte, negocios jurídicos internacionales *dependientes* son el ofrecimiento y la aceptación, la *reserva* y la *sumisión* a la jurisdicción de la CIJ con arreglo al artículo 36, apartado 2º, de su estatuto. Su eficacia depende de las declaraciones de la otra parte. Los negocios jurídicos unilaterales requieren la confirmación de la recepción (pero no a la aceptación), puesto que la consecuencia jurídica se produce cuando la declaración llega a su destinatario.

Los negocios jurídicos mixtos están asociados a determinadas actuaciones: la *ocupación* y la *gestión de negocios*. En tal caso los negocios unilaterales están sometidos a los principios generales del derecho, el d.i. carece de normas consuetudinarias y convencionales en esta materia.

Los negocios unilaterales despertaron el interés de algunos internacionalistas en un nivel teórico y desde la perspectiva de las fuentes.

En la esfera teórica, el interés no se limita al d.i.; también los actos unilaterales del derecho privado deben investigarse. ¿Son en realidad unilaterales? He aquí el principal interrogante teórico que plantea Vellas. Contestándolo, divide los negocios (actos, según la nomenclatura arraigada en la literatura francesa) en una serie de categorías:

a) La *notificación* no es otra cosa que un acto de publicación, cuyo único papel es meramente instrumental. El llevar oficialmente al conocimiento de los gobiernos extranjeros el surgimiento de un hecho o de un acto jurídico; pero la publicación de un acto no debe confundirse con el propio acto.

b) Una serie de actos que se presuponen unilaterales necesitan en realidad, el concurso de dos voluntades, aunque sea tan sólo implícito. La *adhesión* presupone la existencia de una cláusula de adhesión en el respectivo tratado. Lo mismo la denuncia de un tratado si éste carece de la respectiva cláusula, adoptada por los Estados firmantes, la denuncia unilateral no es un acto jurídico sino un delito. La *declaración de aceptación* de una cláusula (como por ejemplo de la competencia obligatoria de la CIJ, de acuerdo al artículo 36 del estatuto de la misma) es un acto-condición de la aplicación de una norma. La *promesa* hace a primera vista, la impresión de un acto unilateral (así la interpretaba la CIJ), pero en realidad exige la aceptación del Estado beneficiario, y, por lo tanto, también la cooperación de las dos voluntades.

c) Otros actos unilaterales son en realidad actos condiciones; la expresión unilateral de la voluntad produce únicamente la aplicación, para determinado caso de una norma o institución preestablecida por el d.i. Por el *reconocimiento* el Estado se compromete a observar respecto del Estado reconocido, el conjunto de derechos que implica la subjetividad del d.i. La *declaración de la guerra o de la neutralidad* es el acto que condiciona la aplicación de las normas de las respectivas partes del d.i. Lo mismo puede decirse acerca de la *declaración de la delimitación de las competencias* sobre los espacios marítimos, como las aguas territoriales o la zona contigua.

d) No pueden considerarse como unilaterales los actos que expresan la voluntad colectiva de un grupo de Estados, sobre todo de una organización internacional. Esta cuestión es objeto de una controversia: algunos juristas como Morelli,⁵⁰ contraponen la manifestación de un sólo Estado—o sea el auténtico acto unilateral—a la manifestación de las voluntades imputadas espontáneamente a numerosos Estados, miembros de una organización. Es un acto colectivo, mientras otros rechazan esta distinción.

Aquí traspasamos la esfera exclusivamente teórica del debate en torno a los actos unilaterales, y entramos en la problemática del derecho positivo. Con el surgimiento de las organizaciones internacionales, aparece una nueva categoría de actos unilaterales realizados por ellas, que imponen obligaciones a los Estados. En la mayoría de los casos son actos de carácter individual, que crean derechos subjetivos—autorizaciones, aprobaciones, sanciones, etc.— pero algunos, más bien excepcionales, tienen carácter general.

No cabe duda que los actos unilaterales crean derechos subjetivos, pero según algunos autores crean también el derecho objetivo, son fuentes formales del d.i. Este concepto fue desarrollado por los neorrealistas norteamericanos, pero lo comparten, hasta cierto grado, autores ajenos a esta corriente doctrinal. Lo único cierto es que los actos unilaterales contribuyen a la formación del d.i. consuetudinario. Si un acto unilateral es aceptado por otros Estados, puede considerarse como una expresión de la *opinio iuris sivel necessitatis* que no tuvo la oportunidad de concretarse en forma convencional. Si son rechazados se considera que la mencionada *opinio* carece de uniformidad, o sea que

⁵⁰ Morelli, 1956, v. 1, ps. 599 y ss.

una parte de los Estados pone en tela de juicio la validez de la norma preexistente.

¿Por qué no habría de ser normal considerar como fuente de d.i los actos unilaterales o a uno de carácter judicial en la medida en que el d.i. les atribuya ciertos efectos jurídicos? El d.i. necesita una técnica particular, que podría descartarse como inadecuada en otros ordenamientos. Según hemos comprobado en otro contexto (introducción, fuentes) resultaría sumamente difícil llegar a un procedimiento legislativo análogo al que funciona en el orden interno; por lo tanto no pueden descartarse de antemano otras técnicas, adaptadas al desdoblamiento funcional del Estado, incluso la de los actos unilaterales. Esto no significa elevar la voluntad soberana y unilateral de un estado a la jerarquía de creadora del derecho internacional.

En la doctrina actual se le da mayor importancia a los actos unilaterales de los Estados como fuente de d.i., que la que se le asignaba en el pasado. Si bien no se ha superado la concepción contractualista del d.i., comienza a admitirse “la existencia de normas internacionales cuya razón de validez sea distinta al consentimiento de los Estados”.⁵¹ En esta línea de pensamiento cabe citar a Díez de Velasco, a Guggenheim, a Dehaussy.⁵² Una de las áreas del d.i. donde más se utilizan los actos unilaterales es el derecho del mar, ya que los Estados delimitan sus zonas marítimas mediante actos de esta naturaleza.

En la 1ª edición de nuestro libro dimos los elementos constitutivos de los actos unilaterales y sus características particulares como fuentes de d.i. Sistematizando ese estudio, resulta que:

1. Se trata de una *manifestación de voluntad de un sólo sujeto de d.i.* que debe ser considerada en sí misma y no como constitutiva de un acuerdo.

2. Los actos unilaterales *no dependen para su validez, de otros actos jurídicos que los perfeccionen.*⁵³

⁵¹ Díez de Velasco, Manuel: “Instituciones de DIP”, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, p. 151.

⁵² Guggenheim: “Traité.. ps. 273-4, Dehaussy, J. “Les actes juridiques unilatéraux en Droit International Public: a propos de une théorie restrictive”, en Journal de Droit International, 1965, ps. 41-6, entre otros.

⁵³ Moya Domínguez, María Teresa, “Sobre el valor jurídico de la Declaración — o notificación— de David Jewett, sobre los derechos argentinos en las Islas Malvinas de 1821”, ponencia presentada al Seminario sobre Malvinas, realizado en Córdoba, 1983.

3. Los actos unilaterales *producen efectos jurídicos para el sujeto que los emite y su contenido resulta oponible al mismo*. Para la jurisprudencia de la CIJ, en los casos de las “Pruebas Nucleares”, donde se estableció que las declaraciones unilaterales tienen el efecto de crear obligaciones jurídicas para su autor, si tal es la intención de éste.⁵⁴ Otra situación de oponibilidad es la que se da en el derecho inglés con el *estoppel*. Se trata de una institución procesal que no crea ni modifica, ni extingue una situación jurídica, sino que sólo “imposibilita una determinada alegación y hace que se la considere inadmisibles”.⁵⁵ La forma más generalizada del *stoppel* es el de representación formulado en una sentencia inglesa de 1837, que dijo: “Cuando una persona, con sus palabras o con su conducta, produce voluntariamente en otra la creencia de la existencia de un determinado Estado de cosas y la induce a actuar de manera que altere su previa posición jurídica, el primero no puede alegar frente al segundo que en realidad existía un estado de cosas diferente”. La CIJ, en fallo del 1º-11-1960 aplicó el *stoppel* en el “Asunto relativo a la Sentencia arbitral del Rey de España del 23-12-1906”. En el caso del Templo de Préah Vihéar, el Juez Alfaro, en su opinión personal sostuvo que: “Un Estado no debe ser autorizado a beneficiarse de sus propias contradicciones en perjuicio de otro Estado (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam...*).⁵⁶

4. Los actos unilaterales *no son oponibles a terceros Estados*, salvo que éstos manifiesten su consentimiento o que una norma internacional les atribuya valor *erga omnes*. La jurisprudencia internacional se ha pronunciado en este sentido en el caso de la frontera entre Colombia y Venezuela, y en el Asunto Anglo-noruego de pesquerías.⁵⁷

5. Si surgen *varias declaraciones unilaterales de Estados, coincidentes en su contenido*, y si las mismas *se reiteran*, estaremos ante la formación de una “*opinio juris*”, o sea de una *costumbre internacional*, pero no por ello dejan de ser unilaterales los actos de cada Estado.

Para Barberis, “Los actos unilaterales susceptibles de crear normas jurídicas consisten en una manifestación de voluntad de uno o varios sujetos internacionales con capacidad suficiente no vinculada con

⁵⁴ CIJ, Recueil, 1974, ps. 267-8 y 472-3.

⁵⁵ Díez de Velasco, M. op. cit., p. 153.

⁵⁶ CIJ, Recueil, 1962, p. 40.

⁵⁷ R.S.A. Vol. I. p. 280, y CIJ, Recueil, 1951, ps. 138-9.

ningún acto convencional, tendiente a crear una regla de derecho en el orden jurídico internacional y regida por el derecho de gentes". Se debe tener en cuenta dos limitaciones básicas respecto a los demás Estados. Sólo atribuyen derechos y deben respetar las normas de *ius cogens*. El valor jurídico que le reconoce la jurisprudencia internacional permite afirmar "que existe en el d.i. general una regla de reconocimiento que permite identificar las normas formadas mediante actos jurídicos unilaterales".⁵⁸

La importancia del tema y las dudas que suscita ha llevado a la CDI a incluir el tratamiento de su estudio en la selección de temas para codificar. Este tema se expuso en el 50 período de sesiones (1998). El grupo de trabajo llegó a la conclusión de que no debía incluir los actos unilaterales realizados por otros sujetos de d.i. que no fueran Estados. Debía tratarse a los actos unilaterales que fuesen expresados en forma colectiva o conjunta; incluyendo también al reconocimiento y a las declaraciones interpretativas. En cambio debían excluirse los actos que no tuviesen consecuencias jurídicas y los actos ilícitos.

Respecto del contenido del estudio se destacó que lo esencial era precisar los elementos constitutivos y los efectos en el d.i. de los actos jurídicos unilaterales de los Estados y enunciar las reglas que les eran aplicables en forma general, así como las reglas especiales de determinada categoría de actos.

⁵⁸ Barberis, Julio A.: "Formación del derecho internacional", Ed. Abaco, Bs. As., 1994, p. 145.

CAPÍTULO II

SUJETOS Y ORGANOS

SECCIÓN V: Sujetos

SECCIÓN VI: Organos estatales

SECCIÓN VII: Derechos fundamentales de los Estados

SECCIÓN VIII: Dinámica del Estado

SECCIÓN IX: Reconocimiento de los nuevos Estados

SECCIÓN X: Reconocimiento de los gobiernos de hecho

SECCIÓN V

SUJETOS

16. Generalidades: A. *Un concepto controvertido*; B. *Tipificación de los sujetos*; C. *Pluralización de los sujetos del derecho internacional*. 17. Estado: A. *Concepto*; B. *Soberanía*; C. *Estados perpetuamente neutrales*. 18. Asociaciones interestatales: A. *Generalidades*; B. *Unión personal y unión real*; C. *Vasallaje, protectorado y cuasiprotectorado*; D. *Commonwealth*; E. *Subjetividad internacional*. 19. Entidades no estatales: A. *Iglesia Católica*; B. *Mandato y fideicomiso*; C. *Soberana Orden de Malta*; D. *El Comité Internacional de la Cruz Roja*; E. *Territorios internacionales*; F. *Nuevos sujetos del d.i.* 20. Organizaciones internacionales y supranacionales. 21. Sujetos controvertidos: A. *Nación*; B. *Empresas multinacionales*.

En los últimos 20 años se han aceptado nuevos sujetos que corresponden a la categoría de "entidades no estatales", como lo son: el pueblo, y la humanidad, perdurando la controversia en cuanto a las empresas multinacionales. Pero básicamente, y pese al debilitamiento del concepto de "Estado-Nación" y las transformaciones sufridas por el Estado moderno, se mantiene la entidad estatal como el sujeto típico y pleno del d.i.

16. Generalidades

A. Un concepto controvertido

La definición de sujeto de d.i. ha ocasionado serias dificultades en el ámbito doctrinario. Se enfrentan, al respecto, tres posiciones: según la doctrina clásica, el d.i. reconoce sólo a los Estados como sujetos; una segunda extiende la personalidad internacional también a los individuos, y la tercera considera como sujetos del d.i. sólo a los individuos. Esta última posición la sostenía George Scelle, discípulo de Duguit, quien negaba en general la personería moral porque ella sería una simple ficción. Sólo, el individuo tiene voluntad y no la colectividad. Tal

tesis fue aplicada por Scelle también al d.i. Si los Estados no son sujetos de d.i. los gobiernos no serían sus órganos, sino serán sólo agentes de d.i.¹

La doctrina clásica admitía únicamente la personería internacional de los Estados a cuyo lado se admite desde 1871 la Iglesia Católica. Luego se extendió también a las organizaciones internacionales, y en el siglo XX numerosos autores reclamaban personería jurídica también para el individuo.

B. Tipificación de los sujetos

Para poner en claro todas estas controversias en torno al sujeto del d.i., hay que tener presente que el mencionado concepto es sumamente complejo. La cuestión de la subjetividad no puede contestarse con un simple "sí" o "no", sino que es preciso abordarla analíticamente, distinguiendo las diversas modalidades de sujetos.²

a) *Sujetos del d.i. y del derecho privado.* Es necesario tener presente esta doble personalidad de los Estados que, además de sujetos del d.i., son también sujetos del derecho privado interno, de derechos y obligaciones civiles. Lo mismo puede decirse acerca de las organizaciones internacionales. Algunos sujetos del derecho privado pueden ser creados por un tratado internacional como por ejemplo el Instituto Internacional de Agricultura.

Es distinto el caso de la Cruz Roja Internacional, primitivamente fundada como una institución privada, y luego reconocida como sujeto limitado de derecho internacional.

b) *Sujetos activos y pasivos.* Los sujetos pasivos son los destinatarios de las normas del d.i.; los sujetos activos son los co-creadores de

¹ Esta doctrina no se arraigó, como algunos otros conceptos del prestigioso internacionalista francés, especialmente su teoría del desdoblamiento funcional (Véase N° 2 A.).

² Aceptamos como base de este análisis el esquema que Verdross publicó en su manual, 1963, ps. 131-134, agregando algunas distinciones según Guggenheim (sujetos del derecho consuetudinario y del convencional), o Kunz y otras que son producto de nuestra observación (sujetos limitados en lo sustancial, sujetos efímeros y creados).

las normas de este derecho: los Estados y en cierta medida la Iglesia Católica.

Según veremos,³ en un momento (años 60) se dudó hasta que grado los Estados asiáticos y los africanos que sobrevivieron al colonialismo podían considerarse sujetos activos co-creadores del derecho internacional.

c) *Sujetos de derechos o deberes únicamente.* El individuo es "sujeto de ciertos derechos" a los cuales no corresponden obligaciones a su cargo, especialmente en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos, y por otro lado, "de ciertas obligaciones" a las que no les corresponden derechos, como la de la prohibición de la piratería, dañar los cables submarinos, la violación del bloqueo marítimo, y la no comisión de los delitos internacionales en general.

d) *Originarios, admitidos posteriormente y creados.* El d.i. es de origen europeo y cristiano y por lo tanto primitivamente limitaba la subjetividad a los Estados cristianos. Negó el derecho a la existencia de los Estados precolombianos y redujo a los Estados africanos y asiáticos, salvo Japón, a una condición inferior.⁴ Les reconoció indudable subjetividad sólo mas tarde, comenzando por Turquía en 1856, y luego a los Estados asiáticos y africanos, al invitarlos a la Conferencia de La Haya de 1890. De los Estados deben distinguirse los sujetos creados artificialmente como las organizaciones internacionales.

e) *Perennes, transitorios y efímeros.* El Estado es en principio perenne, pero puede desaparecer víctima de un cataclismo imprevisible. Pero una organización puede extinguirse por un consenso general, o por la secesión de la mayoría de sus miembros. Por lo tanto es transitoria. Por fin, los rebeldes, reconocidos como beligerantes en una guerra civil no secesionista⁵ son efímeros: ya resulten vencidos o reemplacen al gobierno constituido y asuman el papel de órgano estatal.

f) *Sujetos del d.i. consuetudinario y del convencional.* Guggenheim⁶ distingue los sujetos del d.i. consuetudinario, que son exclusivamente

³ En la sección XIX se examinará la cuestión de saber si, y en qué medida, puede considerarse como sujeto del d.i. la persona humana.

⁴ Véase la Sección XII, Capitulaciones.

⁵ Véase sección X.

⁶ Guggenheim, 1953, t. 1, p 173.

los Estados, y los del derecho convencional que son todos los demás. Entre los componentes del primer grupo debe incluirse la Iglesia Católica, dado que no la creó ningún Estado.

g) *Sujetos de derecho común y particular.* En su mayoría, los sujetos del d.i. son sujetos de derecho común; sin embargo, hay también excepciones: los rebeldes reconocidos como beligerantes son tan sólo sujetos de d.i. para los Estados que les otorgan el reconocimiento. Según Verdross también la Orden de Malta es sólo un sujeto de d.i. particular; según interpretamos, su subjetividad internacional se debe al reconocimiento (de alcance constitutivo en este caso) de algunos Estados.

C. Pluralización de los sujetos del derecho internacional

Según hemos visto, la subjetividad internacional quedó primitivamente limitada a los Estados y a la Santa Sede, y paulatinamente se extendió a otras comunidades y en cierto grado al individuo.⁷

Sin embargo, algunos autores plantean la hipótesis de una extensión aún más amplia de la subjetividad internacional. Por ejemplo Radbruch, conocido iusfilósofo alemán, reclamaba personalidad internacional para otras iglesias además de la Católica y para asociaciones científicas, y el internacionalista español Rubio García, para partidos políticos y grupos de presión de alcance internacional. Sin embargo es difícilmente concebible la personalidad internacional para las iglesias cristianas que se limitan al territorio de un solo Estado. Existe un solo partido político de categoría auténticamente internacional: el Comunista, sin embargo perdió homogeneidad y a partir de la década del noventa ha retrocedido considerablemente ya que la mayoría de los Estados que eran comunistas han dejado de serlo. También el socialismo alcanzó dimensión internacional y otros partidos como la democracia cristiana son reconocidos en todo Occidente.

17. El Estado

A. Concepto

Según el concepto clásico el Estado está formado por tres elementos

⁷ Ver nota 3.

constitutivos: el gobierno, el pueblo y el territorio.⁸ Numerosos autores los ponen en un mismo nivel, lo que no es correcto. No cabe duda de que el territorio es un factor meramente pasivo. Antes se destacaba como el elemento principal al gobierno, pero esta opinión fue puesta en tela de juicio. Scelle, por ejemplo, negaba en forma terminante al Estado la calidad de sujeto de derecho y por lo tanto, le asigna poca importancia al gobierno que sólo es un órgano. Strissower y Verdross, por su parte, consideran que el Estado no es otra cosa que una forma de organización del pueblo. La controversia no es meramente teórica, según veremos al estudiar las luchas civiles ante el derecho internacional.

Kelsen, de acuerdo a su visión monista (una sola dimensión, la de la norma), define al Estado como un *orden jurídico centralizado*, resultando esencial esta característica y no así otras como el ser una unidad sociológica, política, etc. Otros teóricos destacan como fundamental otro aspecto, como la fuerza (Duguit); el poder (Morgenthau); el orden sociológico (Harriou), etcétera.

De los tres elementos clásicos estudiaremos separadamente el territorio y la población, éste último dentro del contexto de la nacionalidad y de la subjetividad por lo tanto, nos limitamos al tercer elemento constitutivo del Estado: la soberanía.⁹

Esta opinión interpreta bastante bien la realidad: cada país tiene una genuina forma de organización, que corresponde a su genio y a sus intereses. El Estado representa un valor nacional tal, que el pueblo está dispuesto a defenderlo, sacrificando sus vidas. De tal modo en el elemento axiológico se basa una característica sumamente esencial del Estado que es su carácter perenne. Esta perennidad o estabilidad de los sujetos proporciona cierta continuidad al orden normativo internacional.

Según observa con razón Verdross, este concepto fundamental del pueblo organizado en Estado, propio del d.i., no debe confundirlo con otro concepto étnico, que abordamos en el punto 21 A. Sin embargo, aunque los dos conceptos son distintos, están estrechamente vincula-

⁸ Distingue estos tres elementos la jurisprudencia interna o internacionales, por ejemplo en el caso Yrisari contra Clement de 1825 y Deutsche Gas Gesellschaft de 1929.

⁹ El territorio debe tener una suficiente consistencia, sin ser necesariamente delimitada de modo exacto, según el laudo arbitral en el citado caso de Deutsche Gas Gesellschaft.

dos. En Europa Occidental, salvo España, los grupos étnicos se diluyeron en el transcurso de los siglos en el pueblo dominante, de modo que por ejemplo los bretones o los vascos y flamencos franceses se consideran como franceses a secas. En Europa Oriental y Central la existencia de los Estados fue más accidentada. Ellos no lograron una análoga asimilación de las poblaciones de diferente origen étnico. Un Estado dinástico como el imperio austríaco era un factor aglutinante tan sólo para una parte de su población, germanófona, los austríacos en sentido propio, pero no para los checos, polacos, etc. De allí su fragilidad, la cual se manifestó a fines de la Primera Guerra Mundial.

Con la unificación de Italia y Alemania y la desintegración de Turquía y de Austro-Hungría, se consolida en Europa un tipo de Estado étnicamente homogéneo. Algunos contenían minorías políticamente asimilables, que les quitaban homogeneidad y estabilidad. El problema de las nacionalidades resurgió en Europa oriental con la reforma y el desmembramiento operado en la URSS y Yugoslavia. En ese último país se desató una cruenta guerra civil desde diciembre de 1990 al independizarse Croacia y Eslovenia. En septiembre de 1991 se separó Macedonia, y en marzo de 1992 lo hizo Bosnia-Herzegovina. El 27 de abril de 1992 Serbia y Montenegro se unieron y anunciaron la constitución de la República Federal de Yugoslavia que declararon sucesora de la antigua Yugoslavia. La ONU y sus miembros no la reconocieron. Ahora debemos sumarle el intento separatista de Kosovo (albaneses), que amenaza estallar en una nueva guerra civil.

El prototipo europeo continúa en el continente americano, donde los pueblos, el norteamericano y el brasileño, tienen particularidades étnicas, mientras los otros se cristalizaron en torno a distintos Estados que surgieron después de la emancipación de España.

Carecen de una base étnica semejante algunos Estados asiáticos y sobre todo los africanos. En la época del colonialismo, las potencias coloniales repartieron entre sí toda África negra, al Sur de Sahara, y Francia subdividió su extenso imperio colonial en numerosas colonias, agrupándolas en dos conjuntos mayores: África occidental y la ecuatorial. La división, como también la subdivisión administrativa, se operó con pleno desconocimiento de las condiciones étnicas; las tribus y grupos tribales fueron fraccionadas entre colonias vecinas que carecían de toda homogeneidad. A pesar de eso, conservaron sus fronteras absurdas también después de la emancipación.

Incluso los Estados de África negra que no están divididos por enfrentamientos internos, carecen de toda unidad étnica. Sus jefes pueden contar únicamente con el apoyo de las tribus a las cuales

pertenecen. Todavía ni se vislumbra el proceso que atravesó Europa en la Edad Media la desintegración de las solidaridades tribales, a la cual podrían suceder el surgimiento de las solidaridades nacionales. A decir de Emerson, los Estados africanos buscan sus respectivas naciones. La guerra entre *tutsis* y *hutus* en Ruanda (1994), dio lugar al mayor genocidio provocado por una guerra civil. Se estima que las víctimas, en su inmensa mayoría *tutsis* superan el millón de personas.

Nuestro orden internacional acuerda una serie de derechos e impone una serie de obligaciones a los Estados, vigorosas organizaciones de los pueblos. El d.i. se ve amenazado si un sujeto se desploma, desintegrado por solidaridades tribales, lo que ocurrió en Congo (ex belga) en 1960; o si en un Estado árabe — situación que se presentó en la mitad del año 1970 en Jordania— el gobierno pierde el control en favor de los guerrilleros y no está en condiciones de imponerles la observación de la tregua. El concepto de una comunidad supranacional panárabe tuvo también otras repercusiones en el d.i.: en virtud de ella, Egipto se arrogó el derecho de ayudar en la lucha emancipadora a Marruecos y Argelia, negando validez al principio de no intervención. En la década del noventa las situaciones de Kenya y Sudán dieron lugar a la intervención de la ONU.

B. Soberanía

Según una opinión bastante difundida en la doctrina, se distinguen la soberanía interna y la externa, pero nos parece más exacto hablar de sus proyecciones en el orden interno e internacional. Mirando este problema desde tal perspectiva cabe considerar el aspecto interno como fundamental. El Estado tiene competencias exteriores como consecuencia del ejercicio de su poder en el orden interno.

En el orden interno la soberanía se ejerce siempre y la cuestión que se plantea es saber quién es su titular y quién debe serlo, mientras que en el orden internacional la cuestión es: el Estado ¿ejerce o no la soberanía?, o bien ¿la ejerce con limitaciones?¹⁰

¹⁰ Encontramos una exposición muy sistemática y crítica de este concepto en *Derecho Constitucional*, de Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, 1965. Según el criterio del citado autor, primero, la soberanía no es el propio poder político del Estado sino una cualidad de este poder, por el cual éste se ejerce y, segundo, la soberanía no reside en el pueblo ni en la nación (lo que podría fundamentarse sólo en una ficción, pasando por alto la realidad), sino en el poder constituido del Estado.

Desde la perspectiva del d.i. pueden distinguirse dos conceptos positivos de soberanía: el absoluto y el relativo, y, además, uno negativo la negación de la soberanía.

Según el concepto absoluto de soberanía, el orden jurídico estatal es supremo y por lo tanto no puede someterse a ningún otro que le sea superior. De allí la incompatibilidad de este concepto con el d.i., incompatibilidad que algunos de los partidarios del referido concepto trataron de superar por medio de la teoría de la auto-obligación de los Estados. Al contrario, el concepto relativo de la soberanía concuerda con el d.i. porque implica únicamente la independencia de los ordenamientos jurídicos de otros Estados.

Una corriente muy en boga entre las dos guerras mundiales, fue la que negó la soberanía como un concepto anacrónico, nacionalista, etc. En todos estos casos, estamos en presencia de proposiciones de *lege ferenda* (con notables acentos ideológicos) más bien que de una constatación de *lege lata*. Por su parte Verdross considera la soberanía como uno de los supuestos de la existencia del d.i.; sin ella, éste desaparecería dando lugar a un derecho constitucional mundial.¹¹ No obstante, desde los años ochenta el Estado y la noción de soberanía viene sufriendo una reforma y reducción considerable a consecuencia del fenómeno de la globalización y de la generalización del modelo económico liberal después de finalizado el sistema bipolar (1991).

Según el concepto tradicional, la soberanía se identificaba con el poder supremo ilimitado y hasta ilimitable (prescindiendo del concepto de autolimitación de Jellineck). Para Kunz la soberanía significaba la sumisión directa del Estado al d.i., sin reconocer intermediarios (*Kerrechtsunmittelbarber*) y en lugar de Estado soberano, utiliza la expresión Estado en el sentido del d.i.

El Estado es una colectividad organizada sobre un determinado territorio, pero no la única colectividad de esta índole. Además del Estado en el sentido del d.i. existen otras comunidades como las provincias que también son Estados y por otro lado las municipalidades cuya autoridad se ejerce sobre toda la población de un determinado territorio. El problema estriba en cuál es la diferencia entre el Estado en el sentido del d.i. y otras colectividades territoriales.

Según la opinión dominante el criterio distintivo es la soberanía

¹¹ Según Puig, un derecho público internacional está afirmándose al lado del derecho de la comunidad internacional o sea del d.i. en el sentido tradicional (Puig 1965, p. 13) y en "Malvinas y Régimen Internacional", Ed. Depalma, 1983.

pero este es un concepto bastante controvertido y complejo. Según otros autores como Rousseau¹² este concepto tendría que sustituirse por el de independencia que abarca tres elementos:

1) Exclusividad de la competencia: el monopolio del ejercicio del poder judicial y de la organización de los servicios públicos.

2) La autonomía de la competencia: la decisión discrecional, con libre apreciación de la oportunidad de las decisiones tomadas.

3) La plenitud de la competencia.

Es esto precisamente lo que lo diferencia de otras comunidades territoriales.

C. Estados perpetuamente neutrales

Ante cualquier conflicto internacional, cada Estado puede optar entre la neutralidad y la beligerancia. Pero existen casos en los cuales el Estado carece de esta clase de opción y cabe guardar la neutralidad: se trata de los Estados perpetuamente neutrales.

La competencias de tales Estados están limitadas: tienen el deber *de abstención* o sea el deber de no hacer la guerra ofensiva pero conservan el derecho a la legítima autodefensa. También tienen el *deber de imparcialidad*, o sea la obligación de no actuar a favor de ninguna de las partes beligerantes.¹³ Obligados a evitar toda clase de obligaciones susceptibles de comprometer su neutralidad, carecen de facultad de firmar los tratados de alianza inclusive los defensivos. Por lo tanto no pueden concertar de antemano planes defensivos, que le permitan una eficaz protección de su neutralidad. Por ejemplo, Bélgica, agredida por Alemania en 1914, no podía ofrecerle una resistencia efectiva, y recién durante el transcurso de las hostilidades tuvo que concertar apresuradamente planes defensivos comunes con Francia y Gran Bretaña. No es de extrañar que los belgas divisaran en la neutralidad perpetua un peligro para su independencia y que lograran la supresión de la misma, en el tratado de Versalles de 1919.

Todos los demás Estados están obligados a observar la neutralidad perpetua de los países que la han adoptado. Además algunos de ellos

¹² Rousseau, 1966, par. 96.

¹³ Véase Guggenheim, 1953-4, t. 2, ps. 547-562.

—los garantes— pueden obligarse a garantizar la neutralidad y en el caso de que sea violada, restablecerla por la fuerza. Tal era el motivo de la declaración de guerra de Gran Bretaña a Alemania, en 1914.

Actualmente sólo queda un Estado perpetuamente neutral Suiza; antes: Austria, Bélgica y Luxemburgo tenían también el mismo estatus.

La neutralidad perpetua de *Suiza* tiene una larga tradición, pero solamente en 1815 fue reconocida por una declaración de las potencias europeas, adquiriendo de tal modo una condición objetiva en el d.i. Este status fue reafirmado por el tratado de Versalles; y en vísperas de la Segunda Guerra Mundial por un intercambio de notas con Alemania e Italia. Fue respetada durante las dos guerras mundiales.

La Carta de la ONU (art. 43) impone la obligación a sus Estados miembros de conceder el derecho de paso y otras facilidades en el caso de tratarse de medidas coercitivas dictadas por la Organización. Suiza considera que esta clase de obligaciones sería incompatible con su neutralidad; por lo tanto permanece al margen de la ONU. Tampoco se afilió a otras organizaciones regionales, de carácter político o no político, pero su actitud fue claramente prooccidental durante el sistema bipolar.¹⁴

No debe confundirse neutralidad perpetua de un Estado, con neutralización de una parte del territorio nacional, o sea la prohibición de fortificarlo, establecer bases militares o tropas. Tal es el caso de las orillas del estrecho de Magallanes, en virtud del art. 5º del tratado argentino-chileno de 23-7-1881.¹⁵

¹⁴ En 1938 Austria fue anexada por Alemania. Por lo tanto, al terminarse la segunda guerra mundial, también fue repartida en 4 zonas de ocupación: la soviéticas la norteamericana, la británica y la francesa. En 1955 estas grandes potencias consintieron en terminar la ocupación, a condición de que Austria adopte la neutralidad perpetua. Austria aceptó este estatus unilateralmente, por la ley del 26 de octubre de 1955, y los Estados la reconocieron. Fue admitida en la ONU, a pesar de lo cual se plantean ante ella reparos análogos a los que surgieron con Suiza.

¹⁵ Otros espacios desmilitarizados, en el presente y en el pasado: los estrechos del Mar Negro, 1923-1836; ciertas franjas del territorio italiano: la zona fronteriza con Francia, o con Yugoslavia (Trieste), la costa septentrional de Cerdeña, desde 1947; etc.

18. Asociaciones Interestatales

A. Generalidades

El fenómeno que nos proponemos abordar figura en la terminología del d.i. tradicional bajo la denominación de uniones interestatales (*Stantenverbindungen* en alemán) “federalismo” según George Scelle, Paul Guggenheim y otros. Scelle lo enfocó dentro del marco doctrinal que le es propio, en función de las manifestaciones de la “solidaridad”, no así Guggenheim, formalista por excelencia al que le sirve como un denominador común para una serie de conceptos sin ninguna unidad intrínseca. Reúne bajo este concepto una estructura internacional no organizada, (el Concierto Europeo); organizaciones universales (SDN y ONU) y, por otro lado, asociaciones tan estrechas como uniones reales y confederaciones de Estados.

En la presente obra trataremos separadamente la organización universal, la regional y la supranacional. Aquí nos limitaremos a las asociaciones interestatales. Primero la someteremos a una clasificación sistemática y luego la examinaremos a la luz de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

La primera clasificación se realiza en base a la igualdad y la desigualdad, o sea en uniones *horizontales* y *verticales*. Las primeras abarcan la Confederación de Estados, el Estado federal, la unión real y la personal, y las segundas el vasallaje, el protectorado y el cuasiprotectorado. Paul Barandon agregaba un tipo más: las alianzas desiguales.

Unicamente las uniones horizontales tienen un órgano común bien desarrollado como el gobierno de un Estado federal, ya sea embrionario como era el órgano central en la mayoría de las confederaciones, e incluso reducido a una sola persona, al jefe del Estado común como en el caso de la unión personal. Al contrario, en las uniones verticales no hay órganos comunes porque este papel incumbe al Estado superior. O sea al Estado protector, o al Estado soberano. El gobierno turco era órgano común para la unión vertical entre Turquía y cada uno de los Estados vasallos cristianos; el gobierno francés era órgano común para la unión vertical entre Francia y todos los Estados protegidos, y lo mismo ocurría en el imperio colonial británico.¹⁶

¹⁶ Puede haber también un tipo mixto: una unión horizontal hegemónica. Por ejemplo el segundo Reich Alemán entre 1871 y 1919 era una especie de Estado

Por otro lado se clasifican las uniones internacionales en las de d.i y las de derecho interno. Las primeras se fundan en un tratado internacional: la confederación de los Estados, las uniones monárquicas, los protectorados y los cuasi protectorados. Los de derecho interno tienen su base en actos internos: Los Estado federales en la constitución y los Estados vasallos en un acto unilateral el "*firman*" del Sultán.¹⁷

B. Unión personal y unión real

Entre las asociaciones interestatales, las más antiguas son las uniones monárquicas¹⁸ la unión personal y la unión real. La primera de estas dos formas de asociación se produce cuando la unión de Estados es accidental o transitoria. Por ejemplo, en el siglo XVIII, Polonia que era una monarquía electiva, eligió como rey al duque de Sajonia, heredero de la corona de este último país.

La unión real se caracteriza, en cambio, por ser permanente y reunir el gobierno de dos Estados bajo una misma dinastía. Han pasado por este situación Suecia y Noruega (1815-1905) Austria y Hungría (1867-1918); Dinamarca o Islandia (1918-1946).¹⁹

Cuando la unión real llega a un alto grado de fusión, de manera que sólo subsiste una sombra de autonomía entre los Estados que la integran, algunos autores consideran que se está ante una "unión incorporada", que constituiría un tercer tipo de unión. Tal es el caso de Inglaterra, Escocia a Irlanda del Norte.

federal pero su jefe, era jefe de uno de los Estados federados, el rey de Prusia. A esta clase de unión interestatal pertenecía también el *commonwealth* británico, cuyo jefe era el rey de Gran Bretaña e Irlanda. Como otra asociación de esta índole puede citarse la Confederación Argentina, cuyo órgano común era el propio gobernador de Buenos Aires como encargado de la relaciones internacionales.

¹⁷ Firman es una fuente de derecho interno del Imperio turco.

¹⁸ Pueden también carecer de carácter monárquico; por ejemplo Simón Bolívar fue simultáneamente presidente de Colombia, 1819-1830; de Perú, 1823, 1826, y de Bolivia, 1825.

¹⁹ Entre estas uniones reales existieron diversos grados de asociación. Por ejemplo la de Dinamarca e Islandia carecía de instituciones comunes; la austrohúngaro, si las poseía, y la polaco-lituana logró un alto grado de institucionalización.

C Vasallaje, protectorado y cuasiprotectorado

La doctrina acepta por unanimidad dos tipos de uniones verticales: el vasallaje y el protectorado; algunos agregan también el cuasiprotectorado, y un autor (Barandon), incluye la alianza desigual.²⁰

La diferencia entre el vasallaje y el protectorado es doble en el modo de formación y en la base jurídica. El protectorado fue en cierto grado lo contrario del vasallaje. Se funda en un tratado internacional y, por ende, en una relación de derecho internacional mientras que el vasallaje fue una relación de derecho interno.²¹ Y en cuanto a su tendencia evolutiva, el protectorado empezaba en lo internacional y según la práctica histórica terminaba casi siempre en la reducción del Estado protegido a una condición que se distinguía poco de una simple colonia. En la generalidad de los casos la potencia protectora se encargaba de la gestión directa de las relaciones exteriores, de modo que el Estado protegido conservaba la capacidad jurídica, pero cedía su capacidad de obrar.²²

Se calificó como cuasiprotectorado la relación entre los Estados Unidos y algunas repúblicas centroamericanas y del Caribe, en el primer cuarto del siglo XX: Cuba, Panamá, Nicaragua, Haití y República Dominicana. Todos estos Estados conservaron intacta su personalidad internacional pero se encontraban en distintos grados de dependencia con los Estados Unidos.²³

²⁰ No contemplamos a la llamada protección, que algunos autores divisan en relación de Italia a San Marino; de Francia a Mónaco, y de Suiza a Liechtenstein. Las relaciones entre Italia y San Marino están establecidas por los tratados de 1897 y de 1919; entre Francia y Mónaco, de 1918, 1945 y 1951, y entre Suiza y Liechtenstein, de 1923. La capacidad de obrar de San Marino y Liechtenstein no está limitada; este último principado está ligado con Suiza sólo por una unión aduanera.

²¹ No cabe confundirse el protectorado internacional, que estamos examinando, del llamado protector colonial; véase la sección IV sobre tratados y actos jurídicos internacionales. Tampoco corresponde a este concepto el llamado "protectorado de Bohemia y Moravia" impuesto por Alemania en 1939. Puig realiza el análisis de la condición jurídica del mencionado "protectorado", desde la perspectiva tridimensional (1965, ps. 14-16).

²² Esta variedad fue destacada en la jurisprudencia internacional, a saber: en el dictamen de la CPJI de 1923, sobre los *decretos de nacionalidad en Túnez Marruecos*, y de Max Huber de 1926, sobre la *indemnización por los daños en la zona española de Marruecos*.

²³ El primer caso se presentó en Cuba, última colonia española en América, junto con Puerto Rico. En 1898, el gran país del Norte ocupó a ambas. Puerto Rico, fue directamente anexionado, mientras que a Cuba la proclamaron república independiente,

En cuanto al vasallaje, cabe decir que es una forma propia del siglo XIX, y que no tiene nada que ver con el feudalismo de la edad media.²⁴

D. Commonwealth

Entre las asociaciones interestatales horizontales, cabe mencionar el caso especial del *Commonwealth*²⁵: británico. Unos divisaban en él a una unión personal o real, y otros a una confederación. Por lo general, prevalece la opinión de que es una asociación interestatal *sui generis*, que comenzó por ser eminentemente vertical y que luego se horizontalizó. Hoy en día no queda nada de su esencia primitiva.²⁶

pero en contraprestación se le impuso la llamada "Enmienda Platt". Por esta cláusula, Estados Unidos, se arrogó la responsabilidad y el derecho de mantener un gobierno idóneo para asegurar la vida y la propiedad de los habitantes. De tal modo esta potencia se constituyó en garante de la constitución y del gobierno cubano, lo que por supuesto le proporcionó una posibilidad ilimitada de intervención en sus asuntos internos, lo que constituye una forma de cuasi-protectorado. El caso de Haití y de la República Dominicana, fue de menor ingerencia y dirigido particularmente a la administración aduanera, pero durante la primera guerra mundial fueron ocupadas por la infantería de la marina estadounidense, quedando administradas por un gobierno militar norteamericano.

²⁴ Como ejemplo de Estados vasallos, pueden citarse los que poseía Rusia en el emirato de Bokara y el Kanato, ambos en el Turkestán, hasta la revolución bolchevique.

Gran Bretaña poseía por su parte más de 600 principados vasallos en la India, hasta la emancipación hindú, definitivamente consolidada en 1947. Por su parte, cabe destacar la importancia de los Estados vasallos de Turquía, particularmente los Estados cristianos balcánicos, como los principados rumanos de Moldavia y Valaquia y, posteriormente, ya en el siglo XIX, los de Grecia, Servia y Bulgaria.

²⁵ Este concepto corresponde aproximadamente al de "república".

²⁶ En el imperio británico las diversas colonias quedaban con distintos grados de dependencia respecto a la metrópoli: las llamadas "colonias de la Corona" dependían directamente de la metrópoli; otras gozaban de cierta autonomía, y finalmente las más autónomas eran llamadas "dominios": Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Unión Sud Africana. También Terranova tenía en el pasado el status de un dominio, pero lo perdió, como sanción por una defectuosa gestión financiera, de modo que actualmente forma parte de la federación canadiense, como una simple provincia.

Paulatinamente, estos dominios fueron adquiriendo cada vez mayor autonomía interna y luego les fue otorgada la personería internacional. La primera fue Canadá que estableció consulados y luego legaciones en Washington y en París, mientras que en los otros países estaba representada por los diplomáticos británicos. Con el tiempo también entablaron relaciones diplomáticas otros dominios. En 1919, los dominios

La Segunda Guerra Mundial aceleró la disgregación del Commonwealth y ahora sus miembros someten a la ONU, los conflictos surgidos entre ellos. Es muy débil la estructura del *Commonwealth* y la propuesta australiana de establecer una secretaria permanente, no tuvo éxito.

Las conferencias, son ahora el único órgano del *Commonwealth*; ya no existe ningún compromiso formal de asistencia mutua de orden general (sólo acuerdos bilaterales). La unidad anglosajona sufrió con la desaparición de los dominios asiáticos y africanos.²⁷ Actualmente el *Commonwealth* es simplemente un grupo de naciones completamente independientes, asociadas para cierta coordinación de la política exterior, con efectos bastante modestos. Las relaciones entre los miembros del *Commonwealth* son exclusivamente de orden internacional y no se distinguen de las que mantienen con los Estados que no pertenecen a aquella asociación.

Hasta la mitad del siglo XX, la unidad de *Commonwealth* descansaba en la unidad étnica (la anglosajona) y en el jefe de Estado común. Ahora su población está integrada por una mayoría de gente de color. La reina es la jefa, principal del *Commonwealth*.²⁸

británicos lograron un notable adelanto en la adquisición de las competencias internacionales. Como sus tropas combatieron durante la primera guerra mundial, los dominios participaron en la conferencia de Versalles, firmaron los tratados de paz y luego fueron incorporados a la SDN. Dicho de paso, también India fue miembro de esta organización mundial, aunque era una simple colonia, sin ningún autogobierno. En 1926 en virtud del estatuto de Westminster, los dominios logran su independencia con ciertas limitaciones: carecían de autonomía constitucional, ya que las constituciones no habían sido votadas por sus propias asambleas constituyentes, sino que eran otorgadas por el parlamento británico.

²⁷ Que ahora se denomina Commonwealth of Nations, ya sin el adjetivo British.

²⁸ Commonwealth, denominación por la que es más conocida la Commonwealth of Nations, que, entre 1931 y 1946 se llamó British Commonwealth of Nations, asociación de diversas entidades políticas que, de forma voluntaria, ofrecen una simbólica o real fidelidad a la Corona británica. Entre estas entidades políticas se encuentran 51 Estados soberanos y algunos territorios dependientes. Los países soberanos de la Commonwealth son: Reino Unido, Antigua y Barbuda, Australia, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belice, Botswana, Brunei, Canadá, Chipre, Dominica, Gambia, Ghana, Granada, Guyana, India, Jamaica, Kenia, Kiribati, Lesotho, Malawi, Malaysia, Maldivas, Malta, Mauricio, Namibia, Nauru, Nueva Zelanda, Nigeria, Pakistán, Papúa-Nueva Guinea, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Seychelles, Sierra Leona, Singapur, islas Salomón, Suráfrica, Sri Lanka, Swazilandia, Tanzania, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Samoa Occidental, Zambia y Zimbabue. La Unión Surafricana

E. Subjetividad internacional

En las comunidades y las confederaciones de Estados, cada Estado confederado es un sujeto del d.i. En los Estados federales la norma es que únicamente la nación tiene personalidad internacional y no los Estados, pero hay excepciones como el Segundo Reich Alemán y Suiza. Además en algunos Estados federales los Estados miembros tienen la facultad de concluir tratados, pero únicamente con la autorización de la nación y por intermedio de los órganos nacionales. En la República Argentina, con la reforma constitucional de 1949, las provincias tienen facultad de celebrar tratados bajo determinados requisitos.²⁹

En las uniones personales queda completamente preservada la personería de cada uno de los Estados, vale decir que la unión no es sujeto del d.i., pero si lo es la unión real.³⁰

19 Entidades no estatales

A. Iglesia Católica

Según la opinión de Radbruch, todas las iglesias tendrían que gozar de personería jurídica internacional. Este es un postulado difícil de cumplir pues existen religiones que no tienen ninguna jerarquía centralizada, como por ejemplo el islamismo y, en gran parte, el protestantismo.

El mundo ortodoxo se divide en iglesias nacionales cada una encabezada por su propio jefe, quedando reducidas a lo dogmático las competencias de los 4 patriarcas. También existen iglesias nacionales luteranas y la anglicana, vinculadas con el poder temporal de los respectivos Estados. La colaboración entre las iglesias evangélicas y

(ahora República de Suráfrica) se retiró de la Commonwealth en 1961 e ingresó nuevamente en 1994. Pakistán la abandonó en 1972 pero volvió a ser miembro en 1989. Las islas Fidji se retiraron en 1987. La República de Irlanda está asociada a la Commonwealth por motivos comerciales pero no es miembro de ella.

²⁹ Véase Sección II.

³⁰ Los Estados bajo protectorado se consideraban como sujetos plenos del d. i. teniendo capacidad jurídica pero no capacidad de obrar, por haberla cedido a la potencia protectora. Lo mismo puede decirse acerca de los territorios mandatarios y fiduciarios. El cuasiprotectorado no afectaba la capacidad jurídica ni la capacidad de obrar

ortodoxas se realiza en el seno del Consejo Ecuménico de las Iglesias. Salvo la Iglesia Católica ninguna otra tiene carácter supranacional ni extensión mundial, supuestos reales de subjetividad internacional.

El problema de la personalidad de las iglesias no se había presentado hasta la segunda mitad del siglo pasado, o sea mientras existían los Estados Pontificios, hasta el año 1871. El Papa también era jefe de este Estado. Por lo tanto cuando mantenía relaciones internacionales, se pasaba por alto el interrogante de si lo hacía como jefe de Estado o de la Iglesia.

Después de la anexión de los Estados Pontificios, Italia promulgó la ley de garantías en 1871 "sobre las prerrogativas del Soberano Pontífice y de la Santa Sede y las relaciones de la Iglesia con el Estado".³¹ Estipulaba el reconocimiento de la inviolabilidad de la persona del Sumo Pontífice, que no podía ser perseguido ante los tribunales italianos; su protección penal contra los ultrajes (asimilándole en este aspecto, al rey de Italia); la garantía de la libertad de acción del Papa en el orden espiritual; el disfrute de los palacios del Vaticano y de Letrán; honores soberanos; inmunidad de la residencia pontificia; el derecho activo y pasivo de legación; la inmunidad diplomática de los agentes extranjeros acreditados ante la Santa Sede; garantizó el libre ejercicio de las funciones espirituales y de la libertad de correspondencia con el mundo católico, y la concesión al Santo Padre de una pensión anual de 3.225.000 liras. Pero Italia le negaba toda soberanía territorial y el derecho de asilo. El Papa no reconoció nunca la ley de garantías. Adoptó una actitud de protesta, considerándose como prisionero en Roma y como único soberano legítimo de la Ciudad Eterna.

Desde la anexión de los Estados pontificios, en 1870 hasta la creación del Estado del Vaticano, como consecuencia del acuerdo entre la Santa Sede y el Estado italiano en 1929, el Papa no era jefe de Estado y sin embargo, la Santa Sede gozaba de dos manifestaciones de su personalidad internacional: el derecho de legación, o sea el derecho de enviar y recibir a los representantes diplomáticos, y el derecho de firmar los convenios internacionales llamados concordatos.³²

Cabe agregar que los nuncios apostólicos son representantes diplomáticos pero además de esto ejercen poder sobre la jerarquía católica

³¹ A pesar de su contenido internacional era una ley italiana, fuente del derecho interno.

³² En 1900, hubo 19 representantes diplomática acreditados ante la Santa Sede y en 1963, 50, muchos de ellos no católicos.

del respectivo Estado. El objeto principal de los concordatos es la delimitación del poder espiritual y el temporal en las materias donde existe la necesidad de tal delimitación, como por ejemplo el derecho matrimonial o la enseñanza.³³

En 1929 la Santa Sede firmó con Italia los tratados de Letrán, que son tres: 1º un *tratado político* que “resuelve la cuestión romana”; 2º un *concordato* que regula la condición de la Iglesia Católica en Italia: según el art. 39 del concordato interviene en el examen católico del matrimonio; su anulación queda reservada a las autoridades eclesiásticas. Viola esta estipulación la implantación del divorcio en Italia en diciembre de 1969; y 3º un convenio financiero que modifica las obligaciones anteriormente asumidas por la ley de garantías.

El tratado político se compone de 27 artículos, estipula el reconocimiento por parte de Italia de la soberanía de la Santa Sede en el orden internacional, “como atributo inherente a su naturaleza y de conformidad con su tradición y con las exigencias de su misión en el mundo”. Reconoce la plena propiedad, la autoridad exclusiva y absoluta, y la jurisdicción soberana de la Santa Sede sobre el Vaticano. Crea el Estado de la Ciudad del Vaticano, sustraído a toda competencia del gobierno italiano, y confirma el derecho de legación, que se ejerce de acuerdo con las normas del derecho internacional.

En virtud de una delegación especial y permanente, Italia debe encargarse en su territorio y a petición de la Santa Sede, de la represión de los delitos cometidos en la Ciudad del Vaticano; la Santa Sede por su parte, renuncia a su tradicional derecho de asilo y se obliga a entregar al Estado italiano a los delincuentes que se hayan refugiado en su territorio. Italia se comprometió a dotar al nuevo Estado de servicios ferroviarios, postales, telegráficos, telefónicos, radiotelegráficos y radiofónicos. La circulación aérea fue objeto de una reglamentación particular, con prohibición de vuelos sobre el territorio del Estado Vaticano. La ciudadanía vaticana fue atribuida a las personas que residen permanentemente en el nuevo Estado. La Santa Sede declara su propósito de permanecer alejada de los conflictos temporales entre los Estados, así como de las conferencias internacionales que se convoquen para resolverlos.

El tratado proclamó la neutralidad e inviolabilidad del territorio de la Ciudad del Vaticano. La Santa Sede reconoció al reino de Italia, con Roma como capital y bajo la dinastía de la casa de Saboya. Italia,

³³ Véase N. 11.

por su parte, reconoce al Estado de la Ciudad del Vaticano, bajo la soberanía del Papa. Por último, la ley de garantías es abrogada por el tratado de Letrán.

Desaparecida la monarquía italiana, el tratado de Letrán ha sido oficialmente confirmado por el artículo 7º de la constitución de la República italiana de 1947.

Es controvertido el problema de la relación de la Iglesia Católica y la Ciudad del Vaticano. Según una opinión, bastante difundida, sería una unión personal; según otra la Ciudad del Vaticano sería un Estado vasallo de la Iglesia.

B. Mandato y fideicomiso

Vencida en la Primera Guerra Mundial, Alemania perdió sus extensas colonias en Africa, Oceanía, y Turquía sus provincias pobladas por árabes. Las grandes potencias vencedoras que las ocuparon en el transcurso de las operaciones bélicas, el Reino Unido, Francia y Japón, querían incorporarlas, pero tal aspiración chocaba con el clima imperante en la Conferencia de Versalles, inspirada por el presidente Woodrow Wilson, especialmente con su principio de la libre determinación de los pueblos. Pero en aquel entonces, más de 30 años antes de la descolonización de Asia y de Africa, sobrepasaba la imaginación la hipótesis de aplicación pura y simple del mencionado principio a las poblaciones árabes y tanto más a las negras.

Por lo tanto la Conferencia de Paz creó una nueva institución: el *mandato* internacional que continuó, con ciertas modificaciones, después de la Segunda Guerra Mundial, bajo la denominación de fideicomiso. Las tres potencias vencedoras conservaron los mencionados territorios, pero no bajo su soberanía territorial, sino con un status jurídico particular, siendo encargados de preparar las respectivas poblaciones para una paulatina emancipación.

Con razón crítica Rousseau³⁴ el término "mandato" como inadecuado, producto de una lamentable influencia civilista, fuera de lugar. Sin embargo es difícil compartir su crítica a la analogía entre esta institución con la tutela. La mera analogía con el derecho civil no es suficiente para tal rechazo si nos hallamos frente a una institución que efectivamente tiene una llamativa semejanza, por ejemplo con la

³⁴ Rousseau, 1966, par. 170.

institución de la encomienda, del derecho indio. A un español se le encomendaba cierto número de indios a fin de que los evangelizara y civilizara.³⁵

En vista del notable desnivel cultural de las poblaciones, los mandatos fueron divididos en tres categorías:

1) La categoría "A" abarcaba los países árabes: Irak, Transjordania, Palestina (mandato británico), Siria y Líbano (mandato francés). Tratándose de poblaciones con antigua civilización pero atrasados durante los últimos siglos, los mandatarios tenían que dotarlos de un autogobierno y limitar su papel más bien al asesoramiento, para posibilitarles una pronta emancipación completa.³⁶

2) Los mandatos "B" abarcaban las ex colonias alemanas en Africa.³⁷ Estos territorios se distinguían prácticamente poco de las colonias. Se emanciparon junto con éstas, sin que la supuesta tutela haya favorecido la preparación de la población nativa al autogobierno y, por consiguiente, su más pronta emancipación.

3º) Los mandatos "C" comprendían una colonia alemana africana, el Suroeste africano, y todas las colonias de Oceanía.³⁸

³⁵ Nos limitamos a señalar el concepto, sin confrontarlo con su realización efectiva.

³⁶ Únicamente Gran Bretaña cumplió esta tarea respecto del Irak, proporcionándole la independencia. Fue admitido en la SDN en 1932 y reemplazando el mandato por un tratado de alianza desigual, en 1930. De la misma manera terminó el mandato sobre Transjordania (denominada Jordania, después de la incorporación de la parte oriental de Palestina). Después de los fracasados intentos de solución del litigioso problema de Palestina, Gran Bretaña abandonó el mandato, ante la emancipación de Israel y el estallido de las hostilidades con los vecinos Estados árabes.

Francia intentó consolidarse en Siria y Líbano, chocando con una fuerte resistencia. Para evitar complicaciones, que las potencias enemigas podían capitalizar, durante la segunda guerra mundial las tropas británicas desalojaron a los franceses de los dos mencionados países. Los tratados que Francia firmó con Líbano y con Siria terminaron definitivamente los dos mandatos.

³⁷ Salvo el sudoeste africano, mandato de la República Sudafricana, de categoría "C", porque es poblado por los hotentotes y bosquimanos, raza muy inferior a los bantú, habitantes de los demás territorios africanos bajo el mandato. Africa Oriental (sometida al mandato del Reino Unido bajo el nombre de Tanganica, salvo Ruanda y Urundi, vecinas con el Congo Belga, bajo el mandato de Bélgica), Togo y Camerún, fueron repartidos entre Gran Bretaña y Francia.

³⁸ Una crítica muy severa, por parte de los asiáticos y especialmente los africanos, recibió el dictamen de la CIJ de 1950, sobre la legalidad de la incorporación

La jerarquización de los mandatos se expresa en la propia terminología empleada por la SDN, que distinguía entre las “*comunidades*” árabes, bajo el mandato “A”. Los “*pueblos*” de Africa negra, bajo los “B”, y los “*territorios*” oceánicos. Los últimos—en oposición a las dos primeras categorías— se consideraban como parte del territorio de la potencia mandataria y sometidos a su legislación.

Las competencias de la potencia mandataria eran limitadas. Tenía que otorgar la constitución al territorio, administrarlo y defenderlo, pero carecía de soberanía territorial. No podía anexarlo (prohibición que violó la República Sudafricana), ni cederlo a un tercer Estado; tenía que respetar el estatuto legal de sus bienes públicos, y los tratados que ella firmaba no se extendían al territorio. Su derecho interno no era vigente en el territorio, pero podía extender sus principios fundamentales como también administrar los territorios bajo el mandato “B” y “C” como parte integrante del suyo propio.³⁹

El capítulo 12 de la Carta de la ONU (artículos 75 a 85), reemplazó el sistema de mandatos por el de fideicomiso. El Consejo de Administración Fiduciaria, está compuesto por 14 Estados miembros de la ONU (Véase N^o 104).⁴⁰

efectuado por la República Sudafricana; contribuyó en gran medida al desprestigio del tribunal mundial en Africa. El Surdeste Africano fue puesto bajo el mandato de la República Sudafricana que aspiraba a su anexión desde el año 1934 y la incorporó en 1949.

³⁹ Los habitantes del territorio bajo mandato tenían el status de “administrados”, la potencia mandataria no tenía el derecho de assimilarlos a sus nacionales (salvo naturalizaciones individuales), pero ejercía la protección diplomática. Tenía que prohibir el tráfico de esclavos, de armas y de alcohol, y observar la libertad de confesión y de conciencia. A la potencia mandataria le estaba prohibido proporcionar un trato económico preferencial a sus ciudadanos, porque el territorio bajo mandato estaba sometido al régimen de puerta abierta. Una comisión permanente de mandatos de la SDN estudiaba los informes anuales de las potencias mandatarias y las solicitudes de las personas u organismos interesados.

⁴⁰ Existen diferencias entre el sistema de mandatos y de fideicomisos. La potencia fiduciaria puede administrar el territorio puesto bajo el fideicomiso como su *parte integrante*, lo que dio lugar a controversias. Algunos tratadistas (Rousseau, 1966, p. 180. B. Verdross, 1963, p. 487.) no ven en esta expresión más que una mera cláusula de estilo y consideran que la potencia fiduciaria carece de soberanía sobre el territorio administrado, o que este territorio conserva su capacidad jurídica, aunque no ocurra lo mismo con la capacidad de obrar (Verdross, 1963, p. 487). Otros, como Kelsen (Kelsen, 1959, ps. 167, 168.) opinan que los territorios bajo el fideicomiso no son sujetos del d.i. y que la soberanía territorial sobre ellos no pertenece a la ONU sino a las potencias fiduciarias. El art. 22 del Pacto de la SDN estipula que la potencia

La administración fiduciaria abarca: 1) todos los territorios mandatarios, que hemos enumerado con anterioridad y que están actualmente limitados a Oceanía. 2) la Somalia italiana, como colonia de una potencia ex enemiga fue puesta bajo el fideicomiso de la propia Italia por 10 años, y luego se fusionó con la ex Somalia británica, en un Estado independiente. El inciso "c" del Art. 77 de la Carta prevé la posibilidad de una "colocación voluntaria" bajo el fideicomiso de otros territorios, pero no tuvo ninguna aplicación práctica.

En los territorios bajo administración fiduciaria (excepto las norteamericanas en Oceanía) no podían establecerse bases militares, navales ni aéreas. El último fideicomiso independizado fue Papúa en 1996.⁴¹

El organismo que se ocupa de los problemas de las descolonización es el Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la "Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales", creado por la resolución 2908 de la AG el 2-11-72.⁴²

C. Soberana Orden de Malta

Fundada durante las Cruzadas, en el siglo XII, la Orden Militar de San Juan Bautista se traslada de la ciudad San Juan de Akka a Chipre (1201), luego a Rodas (1310) y por fin a Malta (1530) que gobernó hasta la anexión de esta isla por Gran Bretaña en 1798. Desde aquel entonces reside en Roma; su denominación "soberana" caracteriza su pasado, pero, por supuesto, de ningún modo su actual status. A pesar de eso ejerce el derecho de legación activa (legaciones ante la Santa Sede, en la Argentina, España, Portugal, Alemania Federal, Austria) e incluso pasiva (representantes diplomáticos de España, San Marino y Haití).

mandataria ejercía la tutela con ayuda de la sociedad, de donde podía deducirse que es ella quien ejercía la soberanía territorial; no existe una disposición, semejante en la Carta de la ONU.

⁴¹ Questions Relating to Trust an Non-Self Governing Territories an the Declaration on Granting Independence, ONU, ps. 643-761.

⁴² Han recibido un tratamiento especial por parte de la ONU la situación de Namibia, la de Rhodesia del Sur y la de los territorios bajo dominación portuguesa que ya obtuvieron su independencia: Cabo Verde, el 5-7-1975, y Angola, el 11-11-75.

D. El Comité Internacional de la Cruz Roja

En su creación intervinieron las Sociedades nacionales de la Cruz Roja, y de la Media Luna Roja⁴³ e influyó poderosamente Henry Dunant. Se caracteriza por ser una institución esencialmente neutral e imparcial, cuyo objetivo es la promoción —por medio de la codificación y el desarrollo progresivo— del derecho internacional humanitario, y la aplicación del mismo ejerciendo el control de su cumplimiento. Otro de sus objetivos es la aplicación de los principios fundamentales de la Cruz Roja. Estos principios fueron reafirmados en la XX Conferencia Internacional de la Institución, en Viena, 1966, y son: humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, carácter voluntario, unidad y universalidad.

La personalidad jurídica del CICR goza de competencia internacional en el ámbito de la asistencia y de la protección del d.i. humanitario. Además se le atribuyen derechos y obligaciones a ejercer frente a Estados y otros sujetos del d.i. en conflictos armados, siempre dentro de las funciones que le asigna el d.i. humanitario. Para algunos autores, es un agente de implementación de ese derecho.⁴⁴ Para otros, se trata de un nuevo sujeto de el d.i. de carácter no estatal.⁴⁵

Entre los derechos que se le reconocen figuran: a) el derecho de visita, por ej: ver el trato que se le da a prisioneros de guerra; b) el derecho de iniciativa humanitaria, que implica el derecho de ingerencia humanitaria, y tiene su fundamento en el art. 3 de los 4 convenios de Ginebra de 1949. Ese derecho de iniciativa se da en situaciones de disturbios interiores (sin haber conflicto armado hay actos de violencia) y de tensiones internas (situaciones de gran tensión de origen político, religioso, racial, social, económico, etc, y hasta por las secuelas de un conflicto armado, pero dentro de un Estado). Cuando un Estado le permite al CICR actuar dentro de su territorio, celebra con él un acuerdo semejante a un acuerdo de sede que crea inmunidades y

⁴³ La Media Luna Roja fue creada por los países árabes inspiradas en los conceptos islámicos de caridad y acciones humanitarias, mientras que la Cruz Roja, creada en Occidente, responde a los preceptos del cristianismo. Ambas concepciones se unieron para conformar el Comité de la Cruz Roja Internacional.

⁴⁴ Reuter, Paul, "La personnalité juridique du Comité International de la Croix Rouge", en Swinarski, op. cit., p. 783, Gutiérrez Posse, Hortensia, op. cit., p. 363.

⁴⁵ Barberis, Julio, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationales", en R.C.A.D.I. T. 179, Ps. 213 y sgts.

privilegios, propios de las representaciones diplomáticas de los Estados como sujetos del d.i.

El CICR actuó tanto en la Primera como en la Segunda Guerra Mundial, e intervino directamente en la convocatoria y en el debate de los acuerdos a los que se llegó en las Conferencias de Ginebra de 1944 y de 1977 sobre regulación de los conflictos armados, particularmente en lo que hace a la protección de las víctimas de tales conflictos. La finalidad del derecho internacional humanitario es la de salvaguardar la integridad de la persona humana en situaciones de violencia, un derecho de supervivencia.

En los convenios de Ginebra de 1949 y en los adicionales de 1977, los Estados Partes se comprometieron a establecer en sus ordenamientos internos normas sancionatorias de las conductas violatorias de los mencionados convenios. Además se obligan a detener y juzgar a esos infractores.⁴⁶ Lo que significa que existe un sistema universal de represión de los crímenes de guerra basado en el carácter imperativo del d.i. humanitario, ya que sus normas son de aplicación *erga omnes*. Estos delitos resultan imprescriptibles a partir de la Convención de 1968.

Ultimamente, el CICR intervino en todos los conflictos armados conocidos. En Yugoslavia, (Bosnia y Herzegovina), el Consejo de Seguridad reafirmaba la obligación de cumplir con el d.i. humanitario (Resolución 764 de julio de 1992), condenaba la violación del d.i. humanitario (Res. 771 de agosto de 1992), daba plazo para recibir información sobre lo requerido (Res. 780 de octubre de 1992), pedía que cesaran las detenciones y violaciones sistemáticas, masivas y organizadas de mujeres, en particular musulmanas (Res. 780 de oct. de 1992). Finalmente, dictó la Resolución 808 del 22-2-1993, por la que crea el Tribunal Internacional para juzgar a las personas sospechadas de incurrir en crímenes de guerra y violaciones del d.i. humanitario en la ex Yugoslavia. Se trata de un Tribunal Penal Internacional, independiente, imparcial, y que es juez de su propia competencia, la que se establece *ratione materiae*, a cuyo fin se tipifican los crímenes sobre los que puede conocer. Este tribunal ya ha emitido sus primeras sentencias condenatorias. En cuanto a las fuentes aplicables, son de

⁴⁶ Corresponde dejar en claro que la responsabilidad primaria por esos delitos es la del individuo que los comete, por eso, después de la 2ª GM se instituyó la jurisdicción penal internacional para juzgar a los principales criminales de guerra, ante los Tribunales de Nuremberg y de Tokio.

orden convencional y consuetudinario. Al año siguiente, frente a las atrocidades cometidas en el conflicto suscitado en Ruanda, se creó otro Tribunal Internacional ad hoc, para entender en los crímenes de genocidio y otras violaciones del d.i. humanitario.

E. Territorios internacionalizados

Bajo este epígrafe algunos tratadistas se refieren a comunidades territoriales de distinta índole, cuyo rasgo es el haber sido creados por tratados internacionales. Presentan diversas modalidades de administración internacional, por lo tanto los examinaremos dentro de aquel contexto. Son la zona de Tanger (1923-1956), la ciudad libre de Danzig (1919-1939), el territorio del Sarre (1919, 1935, 1945, 1957) y el territorio libre de Trieste (1947-1954).

F. Nuevos sujetos del d.i.

Hasta ahora estamos acostumbrados a pensar en un d.i. basado en la voluntad exclusiva de los Estados. La emergencia de nuevos actores y sujetos internacionales, en muchos casos con mayor capacidad y poder que los Estados, nos obliga a considerar la generación de voluntad normativa a partir de estos nuevos sujetos:

Entre los nuevos sujetos mencionamos a:

La humanidad, es un sujeto parcial del d.i. En la ONU la idea de la humanidad como sujeto de d.i. logró imponerse en la Comisión del espacio ultraterrestre, y fue tomada por la Comisión de fondos marinos, en la Tercera Conferencia del Mar, proyectándose después al derecho ambiental internacional, al derecho internacional de las comunicaciones y al derecho energético internacional. La aceptación de la expresión "patrimonio común de la humanidad", en d.i. y su incorporación en resoluciones de la AG de la ONU, es una prueba del éxito de esta doctrina. La nueva concepción despertó de inmediato el interés no sólo de diplomáticos y juristas, sino también de expertos en política internacional, como Aldo A. Cocca y Mario Amadeo.⁴⁷

⁴⁷ Son muchos los trabajos del Dr. Cocca que se refieren al tema. En su relato presentado al 7º Congreso del Instituto hispanolusoamericano de derecho internacional, realiza un meduloso análisis en el que dice que "Lo que el ser humano individual ha sido para toda ley, incluso para el d.i. lo es, en dimensión cósmica, la

Los Movimientos de Liberación Nacional. Estos movimientos surgieron a consecuencia del proceso de descolonización iniciado en los años sesenta con la Declaración 1514 (XV). Por la Resolución 2022 (XX) se legitimó la lucha de los pueblos por su liberación colonial y el ejercicio de la autodeterminación. Cinco años después, la Declaración 2625 sobre los principios de d.i. referidos a las relaciones de amistad y cooperación entre Estados, extendió la prohibición del uso de la fuerza contra los pueblos y los Estados sometidos por un vínculo colonial y análogo. A su vez, la Resolución 3070 (XXVIII) alude a la lucha armada como uno de los medios para lograr la autodeterminación.

Esta es la justificación jurídico internacional del surgimiento y reconocimiento de los Movimientos de Liberación Nacional (MLN) a los que se los reconoce como sujetos de d.i. con capacidad limitada. Por ejemplo pueden ser parte en las convenciones humanitarias (Convención del 10-4-1981 sobre la prohibición o limitación de ciertas armas clásicas) que se celebran en el marco de las Convenciones de Ginebra de 1949 (Protocolo I, art. 96).

Pueden firmar tratados bilaterales con los Estados contra los que luchan para poner fin a la guerra de liberación y formalizar la independencia, y hasta pueden celebrar tratados con terceros países (OLP con Líbano y Jordania), y participar en tratados multilaterales que así lo permitan, como ocurre con la Convención del Mar, aunque sea como observadores. Por otra parte pueden celebrar acuerdos de sede para el establecimiento de oficinas de representación, y algunos lograron participar en organismos internacionales tales como la ONU. La AG otorgó en algunos casos el carácter de observador en los trabajos de sus comisiones principales, así como en conferencias y otros eventos auspiciados por la ONU (Res. 3280 XXIX). El único requisito exigido es que el MLN haya sido reconocido por la organización regional respectiva.⁴⁸ Sólo algunos han logrado el status de observadores permanentes de la AG. Tal es el caso de la OLP y el de la SWAPO (Organización del Pueblo de África Sudoccidental).

El pueblo: En el d.i. contemporáneo, a partir de la inclusión del

humanidad. Es acertado recordar aquí que, que a pesar de que el d.i. es originariamente el derecho que regula los derechos y obligaciones de los Estados soberanos, la organización política de la humanidad debe tener efecto en el más fundamental de todos los principios políticos y legales, esto es que: el ser humano individual es el destinatario de toda la ley. Citado Mario Amadeo, *Política Internacional*.

⁴⁸ Ver Paolillo, Felipe, op. cit., p. 31.

concepto de pueblo en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se ha asentado la idea de reconocerle subjetividad internacional a los pueblos, los que ya no son como antes meros objetos del ordenamiento, susceptibles de dominación extranjera sino titulares de derechos, como el de la libre determinación, que ha suministrado las bases de la descolonización y ha conducido a una sociedad internacional auténticamente universal.

En los años setenta y ochenta se desarrolló en la ONU el concepto de "pueblo" como sujeto de d.i., ya que en numerosas resoluciones y declaraciones de la AG de la ONU se referían al pueblo como centro de imputación de determinados derechos, como los que se refieren a la autodeterminación, que figura en el art. 1º de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, de Washington, 1961 (uno sobre Derechos Civiles y Políticos y otro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales), o los derechos de carácter político y económico consagrados en la "Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados", AG, 1974, etc. Se trata de un sujeto parcial porque sólo se lo reconoce como tal en determinadas circunstancias y para el ejercicio de determinados derechos.

Para Ruiloba el vocablo "pueblo" designa la misma realidad que la palabra "nación". La palabra "nación" evoca al Estado nacional surgido a principios de la Edad moderna, como soporte del Estado y en función del principio de las nacionalidades.

Existieron dos concepciones de "nación": la objetiva (alemana) atendía a los datos objetivos de la comunidad humana, especialmente a la raza y a la lengua; la voluntad colectiva de sus componentes no constaba o se relegaba a un plano muy secundario. Y la subjetiva (francesa), ponía el énfasis en la voluntad de la comunidad afectada de constituirse como Nación.

Los eclécticos tienen en cuenta los elementos objetivos que sirven de apoyo a una delimitación del concepto de pueblo (territorio geográficamente diferenciado, unidad de raza, lengua común, culto común, religión común, tradiciones y costumbres comunes, pasado común, sentimiento de patria y conciencia nacional) El elemento subjetivo consiste en la voluntad colectiva de constituir una nación independiente, elemento éste necesario pero no suficiente, ya que debe ir acompañado de los elementos objetivos.

Ricardo Mónaco, luego de analizar la Declaración de Algeria, o Declaración Universal del Derecho de los Pueblos, del 4-7-1976,⁴⁹

⁴⁹ La Declaración de Algeria se firmó al terminar la Conferencia internacional organizada por la Fundación Lelio Basso para el derecho y la liberación de los

señala que los pueblos aparecen como precursores de transformaciones decisivas en ciertas circunstancias históricas, en que ha podido reclamar a la comunidad internacional y obtener el reconocimiento de derechos.⁵⁰

De acuerdo con Sörensen, son sujetos de Derecho Internacional aquellos entes que además de ser destinatarios de las normas tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o pueden incurrir en responsabilidad si son ellos quienes las infringen. En esta perspectiva técnico-jurídica, los pueblos no son sujetos del Derecho Internacional porque no tienen legitimación activa para reclamar ni incurrir en responsabilidad internacional. Sólo los Estados y las Organizaciones Internacionales y en contados casos los individuos, son hoy sujetos del ordenamiento internacional.

En la actualidad el d.i., lejos de desentenderse como en el pasado de la suerte de los individuos y pueblos, tiene además de las funciones clásicas la de promover el desarrollo integral de los individuos y pueblos. En una perspectiva sustantiva y sociológica las consideraciones que realmente cuentan y tienen peso son las axiológicas y funcionales y no las técnicas-jurídicas. Hay casos en que el pueblo es titular de derechos además del de la autodeterminación, como ocurre con la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Y si se trata de pueblos no constituidos aún en Estados soberanos, la eficacia de sus derechos, principalmente del derecho de autodeterminación, recibe el apoyo político de la sociedad internacional y de la organización más representativa de ella que es la ONU.⁵¹

20. Organizaciones internacionales y supranacionales

La personalidad jurídica de las organizaciones internacionales es controvertida por los internacionalistas de tendencia más conservadora, pero resulta reconocida por otros, como por ejemplo Kelsen,

pueblos, con la participación de expertos, hombres políticos y representantes de movimientos de liberación nacional.

⁵⁰ Monaco, Ricardo, "Observations sur le droit des peuples dans la Communauté Internationale", en *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación- Liber Amicorum*, en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, ROU, nov./1994, p. 227.

⁵¹ Sobre el tema Los Pueblos ante el d.i. ver Pastor Ridruejo, José A., "Curso de Derecho Internacional Público", Editorial Tecnos. Madrid 1986 capítulo V.

Lauterpacht, Schwarzenberger, Jessup, Jenks, Bishop, Dahn, Friedmann.⁵²

La subjetividad jurídica de la ONU no está claramente estipulada en la Carta pero no da lugar a dudas, considerando que esta organización es sujeto de una serie de derechos y obligaciones respecto a los Estados miembros,⁵³ los organismos especializados y los regionales. La subjetividad internacional de los organismos especializados está, por lo general, establecida en sus respectivas cartas, o sea les ha sido concedida por sus miembros por la vía convencional. Sus alcances precisos varían, según las tareas específicas de tal o cual organismo: cada uno tiene facultades necesarias para realizar, con los Estados o los individuos, las operaciones jurídicas necesarias para su funcionamiento normal.⁵⁴

Por otra parte el orden jurídico vigente en la Unión Europea se denomina derecho *comunitario* o derecho supra nacional (véase sección XXXII). Es producto de una integración económica muy adelantada. Tan avanzada que según una opinión sobrepasa el marco del d.i. en sentido propio y constituye un orden jurídico particular. O sea que:

1) El derecho comunitario supera la mediatización del individuo por el Estado de modo que sus normas se dirigen directamente a los individuos, sin ser transformadas en normas internas. El individuo también puede recurrir directamente ante la corte de las comunidades.

⁵² Kelsen, 1969, p. 1732; Lauterpacht, 1947, ps. 458 y sig.; Schwarzenberger, 1957, ps. 137 y sig.; Jeescf, 1948, ps. 21 y sig.; Bishof, 1962, p. 209; Jenes, 1962, ps. 256-257; Darm, 1968, t. 1º, ps. 70 y sigs.; Friedmann, 1967, ps. 262-266.

⁵³ La carta trata ciertos derechos y obligaciones también de los Estados no miembros, en los artículos 2º, p. 6; 11, ps. 2, 32; 32, ps. 2 y 39. Véase Verdross, 1954, p. 342; 1963, ps. 454-455; Scheudner, 1954, ps. 371 y sig.; Soder, 1956.

⁵⁴ Algunos autores asimilan a la ONU a una confederación de Estados; desarrolla este tema Kelsen, 1959, p. 172. Según la doctrina soviética, el Estado es el principal sujeto del d.i. pero no es único. Tiene también personalidad internacional las organizaciones internacionales, cuyas cartas fueron aceptadas por la abrumadora mayoría de los Estados y cuya actividad está de acuerdo con las normas del d.i. común y las tareas de la ONU (Tunkin). El propósito de esta doble limitación parece estar dirigido contra las organizaciones regionales y, concretamente, contra la OSEA. Cabe recordar que, en la Conferencia de San Francisco, la URSS se opuso a la inclusión de los organismos regionales dentro del sistema de la ONU. En cuanto a la subjetividad del individuo insiste en el principio de la mediación, aunque admite la responsabilidad internacional penal del individuo, de acuerdo al convenio de Londres de 1945. Rechaza la fiscalización internacional de la protección de los derechos humanos y desconoce a la ONU la facultad de la protección de sus funcionarios.

2) La Corte tiene una jurisdicción obligatoria que no necesita el consenso previo de las partes.

3) El derecho comunitario implanta una administración directa muy amplia y adelantada.

4) Las fuentes del derecho comunitario son distintas de las de d.i. Se dividen en dos clases: a) fuentes primarias, vale decir los tratados constitutivos, que son tratados leyes; b) fuentes secundarias que emanan de los órganos propios de las comunidades.

a) Organizaciones No Gubernamentales (ONG), Concepto: Las ONG's son instituciones, creadas mediante la iniciativa privada, que agrupan a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas de distintas nacionalidades, cuya constitución excluye todo acuerdo gubernamental o intergubernamental. Son entidades sin fines de lucro, que representan a personas de una determinada actividad, con el propósito de fomentarla e impulsar nuevos proyectos en beneficio de la misma. Con su accionar pueden corregir e influir en las actitudes de los Estados y de las Organizaciones Intergubernamentales.

Una ONG es de carácter internacional cuando despliega sus actividades mas allá de la frontera de un determinado Estado y se denomina ONG nacional a aquella cuya actividad se circunscribe al territorio de un solo Estado. Las ONG's internacionales pueden ser de carácter universal o de carácter regional.

b) Las ONG's como sujeto de Derecho Internacional: Se discute en doctrina sobre si las personas privadas colectivas son sujetos de d.i. Para saberlo es necesario indagar si este ordenamiento les confiere específicamente algún tipo de derechos y obligaciones. Por ej. una ONG puede tener carácter consultivo o de observador ante una organización intergubernamental, lo que implica un reconocimiento que no es suficiente para considerarla como sujeto de Derecho Internacional.

Hoy en día las ONG's tienen la posibilidad de participar dentro de la esfera política como resultado de la cooperación internacional dentro de relaciones en constante evolución. Hay autores que sostienen que gozan de una personalidad sólo funcional y limitada, como el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).⁵⁵

⁵⁵ Pastor Ruidrejo, Díaz de Velazco, Barberis, y otros.

Para estos autores, este caso constituye una excepción en materia de ONG's ya que le fueron acordadas facultades por la actividad específica de carácter humanitario que desarrolla el Comité. Por su labor de más de un siglo, se la ha reconocido como observador ante la Asamblea General de la ONU, siendo la única ONG's que ostenta ese privilegio.

21. Sujetos controvertidos

A. Nación

La escuela italiana del d.i. negaba la personalidad internacional a los Estados y la reclamaba para las naciones. De tal modo buscaba una fundamentación jurídica para las aspiraciones de la nación italiana a la unificación, y quitaba el derecho de autoconservación a los Estados dinásticos italianos como asimismo el derecho a la integridad territorial del imperio de los Habsburgos, bajo cuya soberanía territorial se hallaba una gran parte de Italia.

Esta posición de la escuela italiana se fundaba en la dimensión axiológica: efectivamente, la nación es un valor, que merece ser titular de una serie de derechos, sobre todo a la independencia y la unificación; coincidía, en el fondo, con el principio de la soberanía popular, elevado por una serie de revoluciones: la norteamericana, la francesa, la hispanoamericana. Pero chocaba con un valor, que pretendía fundarse en el derecho natural (de tendencia conservadora) y hasta en el divino: la dinastía. Precisamente, durante la "primavera de los pueblos" se realizó un enfrentamiento frontal entre el tradicional Estado dinástico patrimonial y las reclamaciones de las naciones, (además de la italiana, también la alemana, la húngara, la polaca), a las cuales la escuela italiana proporcionaba una fundamentación jurídica.

Desde la perspectiva de aquel momento, la posición de la escuela italiana parecía mucho más revolucionaria. Ya no es el monarca el titular de la soberanía, sino el pueblo, por lo tanto con razón comprueban algunos internacionalistas, como Strissower y Verdross, que el elemento del Estado no es el gobierno sino el pueblo: el Estado no es otra cosa que la forma de organización de una nación, el gobierno no es más que su órgano. Sin embargo, esta identificación del Estado con la nación es cierta tan sólo respecto a los Estados étnicamente homogéneos o los que tienen minorías nacionales, pero de ningún modo a los Estados dinásticos, que carecen de un sustrato étnico, de una nación que podría

considerarse como auténtico titular del Estado, de los derechos y las obligaciones que le impone el d.i. También carecen de tal sustrato los Estados africanos.⁵⁶

Durante la Primera Guerra Mundial han sido reconocidos como naciones los exiliados políticos checos y eslovacos, los polacos y los eslavos del sur, súbditos de la monarquía de los Habsburgos.

“El reconocimiento como Nación” era una institución bastante controvertida. Muchos internacionalistas no divisaban en ella otra cosa que una simple manifestación de la simpatía política en favor de los polacos, los checos, los eslovacos y los yugoslavos. Sin embargo, otros autores que no están apegados a los tradicionales esquemas limitados al Estado atribuyen a esta institución una profundidad doctrinal mucho mas honda. Pero por fin, se trataba de un propósito político práctico: las potencias de la triple entente querían otorgar a sus aliados, súbditos austrohúngaro, el status de beligerantes para que ellos en el caso de cautiverio no fueran fusilados como desertores.

Salvo estas excepciones esporádicas de antecedentes aislados, los pueblos no gozaban de personalidad internacional.

El *derecho de autodeterminación*, como una norma general (aunque limitada a Asia y Africa, con exclusión de Europa) pudo divisarse recién en la descolonización, llevada a cabo en la segunda mitad del siglo XX y encauzada normativamente por las resoluciones de la asamblea general de la ONU.

Este tema fue ampliamente abordado por la doctrina soviética, que reconoce como sujeto del d.i. también a la nación que lucha por su independencia.⁵⁷

⁵⁶ Sería difícil compartir la opinión, de que la nación se elevó a la subjetividad internacional, gracias, al derecho de autodeterminación, proclamado por el gobierno soviético de Rusia inmediatamente después de su llegada al poder, y por Woodrow Wilson, presidente de EE.UU.

⁵⁷ Sin embargo, la doctrina soviética no identifica esa clase de subjetividad con el derecho de autodeterminación, según aclaró. L. A. Modjorian. El considera como sujeto del d.i. al Estado y también la nación que está luchando por su emancipación, pero destaca la diferencia entre los conceptos de derecho de autodeterminación y de subjetividad internacional. Según el parecer del citado autor, el derecho de la nación a la autodeterminación existe desde el momento en que una determinada comunidad histórica emerge como una nación. Y, por otro lado, la subjetividad jurídica internacional es un complejo distinto de derechos y de obligaciones, que emerge, para las naciones oprimidas, en el momento en que una nación se emancipa de la dominación colonial y logra su independencia.

B. Empresas multinacionales

La subjetividad internacional de las empresas multinacionales. La extraordinaria dimensión y poder que adquirieron algunas de las llamadas empresas transnacionales, hizo que muchos juristas se plantearon el problema de su nacionalidad, lo que ocasionó en el campo del derecho comercial y del derecho civil prolongadas discusiones en cuanto a cual es el criterio aplicable, si el domicilio de la sede matriz, el de la nacionalidad de la mayoría de sus miembros, el de mayor capital accionista e inclusive, si corresponde o no reconocerles subjetividad jurídica internacional.⁶⁸

De tal modo surgen hoy en día actores que no encajan dentro de las conocidas categorías del d.i. público ni del derecho privado de tal o cual Estado. Pertenecen a lo que Philip Jessup denomina "derecho

⁶⁸ Grandes empresas participan en operaciones con gobiernos u organizaciones internacionales. La explotación de los recursos naturales, sobre todo minerales, la construcción de vías de transporte continentales o acuáticas, las comunicaciones, etc., está en parte en manos del sector privado. En Europa Occidental asisten inmensas compañías que ocupan el escalón intermedio entre las corporaciones públicas y compañías privadas, como por ejemplo Eurofima, cuyos miembros son 14 administraciones ferroviaria nacionales, y cuya tarea consiste en la unificación de los ferrocarriles europeos; o Eurochemic que produce energía nuclear y realiza investigaciones en esta materia. Y especialmente actúan en los países en vías de desarrollo, proporcionándoles los capitales y los técnicos necesarios para la explotación de sus recursos naturales

Realizan esta clase de operaciones en virtud de acuerdos con los respectivos gobiernos, muy complejas a veces, en los cuales algunos internacionalistas como Schwarzenberger o Berle, divisan cierta afinidad con los tratados internacionales. Como éstos, incluyen a veces la cláusula arbitral: en el caso de discrepancias en la interpretación de tal o cual estipulación del acuerdo para solucionar el litigio ante un tribunal arbitral. De tal modo las compañías privadas se ponen, en principio, en pie de igualdad con los gobiernos e incluso recurren a una técnica propia de los acuerdos intergubernamentales.

Es cierto que la inserción de la cláusula arbitral no es frecuente; en su defecto, la compañía debe recurrir, en el caso de plantearse un problema litigioso, a la protección diplomática de su gobierno. Es también cierto que el gobierno contratante puede, en ejercicio de sus competencias soberanas, cancelar el convenio o no cumplirlo, rechazando la aplicación de la cláusula arbitral, y que en tal caso a la compañía perjudicada no queda otro recurso que la protección diplomática. A pesar de esto, es manifiesta la afinidad entre las compañías que firman esta clase de acuerdos y los sujetos del d.i.

transnacional” y que Georges Scelle señalaba ya en 1932 bajo la denominación “derecho intersocial”.⁵⁹

Como lo demuestran las estadísticas de la ONU, los datos demuestran que muchas de estas corporaciones manejan un capital superior al producto nacional y a las reservas de muchos Estados, incluidos algunos de la órbita de los desarrollados. Por la divergencia de objetivos que suele darse entre los Estados nacionales y las corporaciones, suscitan numerosas fricciones entre éstas y aquellos. Particularmente en cuanto a la participación en la adopción de decisiones y a la división equitativa de beneficios entre las corporaciones y los países receptores y de origen. Esta última tensión se dio particularmente en el caso de las compañías petroleras norteamericanas y europeas y los países productores de petróleo, crisis que derivó en la llamada “guerra del petróleo”.

Para el estudio de las empresas multinacionales se formó en la ONU una comisión especial que elaboró un informe en el que se suministran definiciones, datos estadísticos acerca de su dimensión, características y tendencias.⁶⁰

El informe utiliza el concepto de “corporación internacional” en su sentido lato, comprendiendo todas las empresas que controlan activos incluyendo fábricas, minas u oficinas de venta, en dos o más países. Según esta definición, corresponde a las corporaciones multinacionales la mayor parte de la inversión extranjera directa, y esta inversión se utiliza como una de las medidas de la dimensión de las actividades de las corporaciones multinacionales.

Sus principales características son las siguientes: 1) son grandes empresas que operan con un volumen de ventas de miles de millones de dólares anuales; 2) tienen carácter oligopólico; 3) tienen un elevado número de sucursales y filiales en todo el país; 4) la mayoría de las mismas tienen su origen en países desarrollados, fundamentalmente EE.UU., al que siguen a distancia: Gran Bretaña, Francia y la República Federal Alemana, países a los que corresponde el 80% de las actividades extranjeras de las corporaciones multinacionales. Un dato curioso: Bill Gates, el presidente de Microsoft, una persona desconocida hace apenas

⁵⁹ Se ha explayado sobre este tema, Wolfgang Friedmann, “La nueva estructura del derecho internacional”, Ed. Trillas, México, 1967, ps. 259 - 280.

⁶⁰ Para dar cumplimiento a la resolución, el Secretario de la ONU formó una comisión especial.

dos décadas, hoy tiene un patrimonio que multiplica por 4 el PBI de Costa Rica.

Es evidente que a través de su enorme peso político y económico estas compañías influyen en las decisiones que deben tomar los gobiernos de los países donde actúan.⁶¹

Su influencia llevó a EE.UU. a convertirse en un país intervencionista al salir en defensa de los intereses de las corporaciones fruteras de Centro América, o de las petroleras en México, Venezuela y Medio Oriente. Pero donde su dominio se hizo evidente fue en el manejo de las elites gobernantes de los países en desarrollo. Además es necesario aclarar que muchas veces sus intereses no coinciden con los del país de origen. La comisión sobre corporaciones transnacionales se encargó de la redacción del código de conducta de esas corporaciones, el que no ha entrado en vigencia.

⁶¹ Otra consecuencia destacable es que, la racionalización de la producción, se produjo mediante la incorporación masiva de los adelantos tecnológicos al proceso industrial, invirtiendo además las corporaciones, grandes sumas de dinero en la financiación de estudios y proyectos técnicos provocando una mayor aceleración de la revolución tecnológica propia de nuestro siglo. (Moya María Teresa del Rosario. Relato presentado a la II Jornada de d.i. celebrada en la Universidad de Belgrano, 1971, Bs. As.).

SECCIÓN VI

ORGANOS ESTATALES

22. Organos centrales. 23. Representantes diplomáticos: A. *Servicio diplomático; jerarquía*; B. *Tareas*; C. *Inmunidades diplomáticas; secuestros*; D. *Comienzo y término de la misión diplomática*. 24. Cónsules: A. *Generalidades*; B. *Tareas*; C. *Inmunidades consulares*; D. *Comienzo y término de la misión consular*.

Las acciones terroristas que han tenido por blanco a los diplomáticos, y el cambio operado en las relaciones internacionales han repercutido en el derecho diplomático, y en el funcionamiento y capacitación de estos funcionarios. En efecto, se han celebrado tratados tendientes a brindar mayor protección y diligencia de cuidado al personal diplomático y consular, aumentando la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de tales compromisos. La jurisprudencia de la CIJ, en el caso de los rehenes norteamericanos en Irán, ha acompañado este proceso. Por otra parte cada vez se le da mayor importancia a la formación económica y comercial de estos agentes, por ser estos temas predominantes en las relaciones entre los Estados.*

22. Organos centrales

Como toda persona de existencia ideal, el Estado necesita órganos que lo representen en su calidad de sujeto del d.i., que ejerzan sus derechos y ejecuten sus obligaciones. El órgano central responsable, que ejerce propiamente esta función es el gobierno, bajo cuyas órdenes actúan los órganos descentralizados fuera del territorio nacional, los diplomáticos y los consulares.¹

* EE.UU. c/Irán.

¹ Como es sabido, León Duguit junto a su escuela criticó el concepto de la persona de existencia invisible, como una ficción inadmisible e inútil. En la ciencia del d. i comparte esta posición Georges Scelle, que niega el concepto de órganos del d.i. como equívoco, y lo reemplaza por el de "agente jurídico", que mejor corresponde a la

Según comprueba la ciencia política moderna, el presidente o el consejo de ministros, al tomar una decisión, de hecho ejecuta solamente la decisión de un grupo de poder o se inclina ante un grupo de presión. Pero como estos dos factores carecen de contornos definidos y de estabilidad necesaria como para poder elevarse a la categoría de conceptos jurídicos, para el d.i., el gobierno es el único órgano.

Todo Estado entra en relación con los demás a través de su Poder Ejecutivo que puede ser unipersonal (monarca, presidente), o colegiado.² Una misma persona puede ser a la vez, jefe de varios Estados, que se integran en una unión.³

El jefe de Estado, como órgano supremo, goza de ciertas inmunidades que se le conceden para no menoscabar, ni aun indirectamente la independencia del Estado que encabeza. Por un lado se le otorga inviolabilidad personal. Es una protección especial, que el derecho penal del Estado garantiza, sancionando los atentados contra los jefes de Estado extranjeros, y las ofensas que se les dirijan, especialmente por medio de la prensa.⁴ Se le otorgan inmunidades de jurisdicción que se extienden a los actos realizados como representantes del Estado,⁵ es decir, en el ejercicio de sus funciones públicas.

El ministro de Relaciones Exteriores es el encargado de la dirección de las relaciones exteriores, en algunos Estados bajo la supervisión del jefe de Estado y en otros bajo la del Poder Legislativo. Está en contacto constante con los jefes diplomáticos extranjeros, y sus declaraciones oficiales, en asuntos de su competencia, obligan al gobierno.⁶

realidad, según el parecer del eminente internacionalista francés. Define al agente jurídico como un individuo a quien el derecho positivo atribuye competencias necesarias para producir y modificar las situaciones jurídicas.

² El Consejo Federal suizo; el Presidium del Soviet Supremo en la antigua URSS y órganos equivalentes en otros Estados comunistas, y el Consejo de Gobierno uruguayo hasta 1966.

³ Hay varios ejemplos históricos como Carlos de Habsburgo, que era emperador de Alemania y rey de España

⁴ El jefe de Estado goza de esta protección (por ejemplo el art. 221 del código penal argentino), únicamente mientras se encuentra en el territorio del respectivo país extranjero, según la Corte Suprema de la República Argentina (caso Zamora, CSJN. Fallos. T. 184, p. 120).

⁵ Después de la terminación de la primera guerra mundial los vencedores pedían el enjuiciamiento del emperador alemán cuya extradición rechazó Holanda; después de la segunda guerra fueron sentenciados algunos jefes de Estado, como el mariscal Pétain. Abordaremos este tema más detenidamente en el N° 86.

⁶ El departamento ministerial que dirige toma diferentes nombres (Ministerio de Relaciones Exteriores, en la Argentina; Ministerio de Asuntos Extranjeros, en

El ministro de Relaciones Exteriores es jefe de la diplomacia y dirigente responsable de la política exterior del Estado. Si somete un litigio al arbitraje o la CIJ, obliga jurídicamente a su Estado.⁷

Estas son las atribuciones normales del ministro de Relaciones Exteriores, sea cual fuera la estructura del respectivo Estado. En la llamada democracia de gabinete es, además, miembro del Consejo de Ministros, o sea del Poder Ejecutivo colegiado, mientras en la democracia presidencial no es más que un jefe de la diplomacia, obligado a dirigir la política exterior de acuerdo con las indicaciones del presidente.

23. Representantes diplomáticos

A. Servicio diplomático; jerarquía

Los órganos descentralizados de las relaciones internacionales comprenden los servicios diplomáticos y los consulares. El grado de vinculación entre ellos no es igual en todos los Estados.

A partir del siglo XVII, los Estados intercambian representantes permanentes, ejerciendo el derecho de legación, activo (derecho de enviar agentes diplomáticos al extranjero) y pasivo (derecho de recibir agentes diplomáticos extranjeros). La condición jurídica de los agentes diplomáticos estaba regulada por el Convenio de Viena de 1815.

Este convenio clasificó en cuatro clases a los agentes diplomáticos:

1ª, Embajadores y Nuncios;⁸ 2ª, Enviados extraordinarios, Ministros plenipotenciarios e Internuncios; 3ª, Ministros residentes (creado por el Protocolo de 1818 y eliminado por el Convenio de Viena de 1961), y 4ª Encargados de negocios.⁹

Francia; *Foreign Office*, en Inglaterra; Secretaría de Estado, en Estados Unidos, Departamento Político, en Suiza; Cancillería, en Alemania y Austria). Aumentaron considerablemente las funciones del ministro de Relaciones Exteriores, por un lado, debido a la mayor complejidad de los problemas internacionales, y, por otro, a la actual facilidad de las comunicaciones que disminuye la facultad de decisión de los jefes de misiones diplomáticas.

⁷ Véase la sentencia CPJI de 1983 en el caso de Groenlandia Oriental.

⁸ En los Estados con mayoría católica, los nuncios apostólicos tienen primacía sobre todos los demás embajadores y ocupan el cargo de decanos de los respectivos cuerpos diplomáticos.

⁹ Cabe distinguir dos clases de encargados de negocios. Los interinos y los permanentes. Cada vez que el jefe de la misión diplomática se ausenta temporal-

En el siglo XX la codificación del derecho diplomático tuvo lugar con la Convención de Viena de 1961.

Los agentes de las dos primeras categorías (de las tres primeras hasta 1961) se acreditan ante el jefe de Estado, y los Encargados de negocios ante el ministro de Relaciones Exteriores. El derecho interno de cada Estado determina las condiciones del ingreso en el servicio diplomático y su estatuto personal.¹⁰

Los embajadores de distintos Estados acreditados en la misma capital están jerarquizados según la antigüedad, o sea la fecha de la entrega de sus credenciales; lo mismo ocurre con los ministros plenipotenciarios.

El conjunto de los agentes diplomáticos acreditados ante el mismo gobierno constituye el cuerpo diplomático. Lo encabeza el decano que en los países católicos es por lo general el nuncio y en otros el embajador de mayor antigüedad. El cargo es protocolar, aunque a veces el decano presenta protestas, en nombre del cuerpo diplomático, si el gobierno no observa algunas inmunidades.

La necesidad de implementar mejores medidas de protección de los agentes diplomáticos, se ha visto satisfecha, aunque sea formalmente, mediante la adopción, por parte de la AG de la ONU, de la Convención sobre la Prevención y Represión de Crímenes contra Personas Protegidas Internacionalmente, incluyendo los agentes diplomáticos, que ha quedado abierta a la firma y ratificación de los Estados.¹¹

mente, lo reemplaza el diplomático de mas elevado grado como encargado de negocios interino; es el que encabeza la misión diplomática desde el momento de la renuncia o revocación del jefe hasta la designación de su sucesor definitivo. Sin embargo algunas legaciones secundarias quedan a cargo de un consejero o incluso secretario de embajada como encargado de negocios permanente.

¹⁰ En el pasado, la abrumadora mayoría de los representantes diplomáticos tenían el rango de Ministros plenipotenciarios. Sólo las grandes potencias se representaban entre sí por Embajadores mientras que los Estados pequeños enviaban Ministros residentes y a veces tan sólo Cónsules Generales Encargados de Negocios. Los Estados americanos fueron los primeros que terminaron con esta estratificación, haciéndose representar por embajadores, y después de la segunda guerra mundial se generalizó esta tendencia igualitaria. Sin haberse llegado, todavía a la supresión de la distinción entre embajadas y legaciones, un número cada vez mayor de Estados eleva sus legaciones a la categoría de embajadas.

¹¹ El texto se encuentra aprobado en la resolución 3166 (XXVIII) del 14-12-73.

El campo de aplicación del convenio comprende, *ratione personae*, a los agentes diplomáticos y a otras personas con derecho a protección especial de conformidad con el d.i.

Mediante el Convenio se procura que el delincuente que haya cometido cualquiera de los delitos tipificados en el artículo 2º del convenio no encuentre refugio,¹² para lo cual se ofrece a cada Estado parte, base para reivindicar la jurisdicción sobre esos delitos; y se da al Estado en el que se encuentre el presunto culpable la opción (arts. 6 y 7) de conceder la extradición o proceder a su enjuiciamiento (arts. 8º al 11); y finalmente se regula la solución de las controversias que surjan entre los Estados partes (art. 12)

También se han tomado medidas para prevenir el terrorismo internacional. Ya existe derecho positivo en materia de prevención y represión del terrorismo, pero a nivel regional, no universal. Se trata del convenio europeo, celebrado a instancias del Consejo de Europa en Estrasburgo, el 26-11-76 y de la convención americana firmada por miembros de la OEA, en Washington, el 2-2-1971.¹³

Finalmente, otra convención internacional celebrada sobre este tema es la relativa a las Misiones Especiales, firmada en Nueva York, el 8-12-69.

Se puede estudiar la acción diplomática desde diversos puntos de vista.

Según el ámbito de acción, bilateral y multilateral; conforme a la modalidad, débil o firme; a tenor de su exteriorización; simulada o veraz; de acuerdo con el medio empleado, directa o indirecta.

¹² El art. 2 del convenio dice: "1. Cualesquiera que sean sus móviles: a) la comisión intencional de un atentado violento contra la integridad o la libertad de una persona internacionalmente protegida; b) la comisión intencional de un atentado violento contra los locales oficiales o la residencia particular de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad personal o libertad; c) la amenaza de cometer atentados; d) la tentativa de cometer tales atentados; e) la complicidad en tales atentados, serán calificados por cada Estado parte como delitos en su legislación independientemente de la que tenga lugar dentro o fuera de su territorio. 2. Cada Estado-parte hará que esos delitos sean castigados con penas severas que tengan en cuenta el carácter grave de la infracción. 3. Cada Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos"

¹³ La AG formó un comité ad hoc sobre terrorismo internacional, establecido el 18-12-72.

También existe una nueva forma, la diplomacia itinerante, de la que fue excelente exponente Henry Kissinger.¹⁴

B. Tareas

El agente diplomático tiene una serie de atribuciones, en las que el aspecto jurídico se perfila en mayor o menor grado.

Es representante personal del Jefe de Estado respectivo o del ministro de Relaciones Exteriores, en el caso de los Encargados de Negocios.¹⁵

Sus principales tareas son de orden político. Por un lado informan a su ministro sobre el desarrollo de la situación del país en que está acreditado y, desde esta perspectiva, sobre el desenvolvimiento de la política internacional; una tarea de máxima importancia, de la cual depende, si la política exterior del respectivo gobierno será acertada. Por otro lado cuida que las relaciones entre los dos países sean correctas e incluso, si es posible, cordiales, enfrentando sutilmente las maniobras de la diplomacia de los adversarios. Esta obra que era muy exigente en el sistema del equilibrio y durante el bipolarismo, se ha simplificado en parte a consecuencia de la polarización del mundo. Otras tareas son de carácter jurídico: la protección diplomática de los nacionales, las comisiones rogatorias, etcétera.

En numerosos Estados las representaciones diplomáticas supervisan al personal consular y en parte cumplen sus tareas, especialmente en los países donde no hay consulados.

El agente diplomático no puede inmiscuirse, directa ni indirectamente, en los asuntos internos del Estado donde ejerce sus funciones¹⁶ y debe poner suma atención en sus apreciaciones públicas relativas a

¹⁴ En opinión del Profesor Aldo Armando Cocca, existe un factor importantísimo en las relaciones exteriores que es la diplomacia paralela.

¹⁵ A veces esta es su única atribución: tal era el caso de los Ministros Plenipotenciarios de los reinos alemanes (Bavaria, Wurtembergia y Sajonia) que pertenecían al 2º Reich alemán (1871- 1919).

¹⁶ Como el embajador estadounidense Braden, que se comprometió activamente en favor de la Unión Democrática en la campaña preelectoral de 1946 e incluso tomó parte en una manifestación callejera.

la política del país en que se halla acreditado.¹⁷ En sus reclamaciones oficiales, deben dirigirse al gobierno ante el cual están acreditados, y no a una autoridad subalterna.¹⁸

C. Inmunities diplomáticas; secuestros

A fin de poder cumplir su misión con completa independencia, el representante diplomático debe hallarse fuera de toda acción de la autoridad local. Por lo tanto a los agentes diplomáticos se les conceden ciertos privilegios e inmunidades, que pueden ser agrupados en torno a dos objetivos.

Algunas son jurídicas, por lo tanto tienen carácter imperativo: como la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción.¹⁹ Otros son prerrogativas de pura cortesía, como las inmunidades fiscales.²⁰ De origen consuetudinario, las inmunidades diplomáticas han sido reglamentadas en detalles en el Convenio de Viena de 1961.

¹⁷ Por ejemplo discursos antidemocráticos agresivos que pronunciaron dos embajadores acreditados en Gran Bretaña, el alemán Von Ribbentrop en 1937, el italiano Grandi en 1939.

¹⁸ Por razones de economía, el mismo agente diplomático puede ser acreditado ante varios gobiernos; algunos embajadores con sede en Buenos Aires están acreditados también acerca de otras repúblicas sudamericanas. Particularmente los Estados africanos al Sur del Sahara, con escasa población y reducidos presupuestos, tienen contadas representaciones diplomáticas.

¹⁹ La Suprema Corte de la República Argentina admitió la inmunidad de los diplomáticos extranjeros en lo civil en los casos de "Martín contra Matienzo", en 1965 (t. 2, p. 46), de Basalvbaso contra Barros Grana (t. 19, p. 108, dictamen del procurador general citado en extracto por Ruiz Moreno, 1970, p. 152); de "Mary Bernardo contra el ministro residente de Francia (t. 55, p. 328); de Sánchez de Topete contra Carrasco Albano" (t. 22, p. 190); de Tiscornia contra Escudero (t. 23, p. 640), y reconoció la exención en lo penal en los casos de Policía de la capital contra Ludovico Censi t. 148, p. 208, Ruiz Moreno cita un extracto del dictamen del procurador general, 1970, p. 154-156), en el caso de Sociedad protectora de Animales contra Reginal Tower (t. 125, p. 98) y de Gallardo y Dillon (t. 139, ps. 272 y 2871. Cabe aclarar que Carrasco Albano era encargado de negocios de Chile, Escudero de Costa Rica, Ludovico Censi agregado militar de Italia, Reginal Tower ministro plenipotenciario del Reino Unido.

²⁰ El agente diplomático goza de la inmunidad final, vale decir no paga los impuestos personales (impuesto sobre los réditos), pero paga los impuestos directos y los de los inmuebles que no pertenezcan a título personal. La inmunidad fiscal está generalmente subordinada a la reciprocidad.

La persona del agente diplomático se halla al abrigo de toda medida coercitiva; por lo tanto, la detención de un agente diplomático extranjero, incluso por error, se considera como un asunto grave. El principio de inviolabilidad se aplica a todo el personal diplomático: jefe de misión, consejeros, secretarios y agregados. Gozan de él también los diplomáticos, que atraviesan el territorio de un Estado de paso para su puesto de destino o para su país de origen. El privilegio existe mientras se prolonga la misión y después de su terminación durante el tiempo necesario para que el agente regrese a su país, aún en caso de guerra. La inviolabilidad se extiende también a los correos que llevan la valija diplomática.²¹

El gobierno tiene la obligación de proteger a los representantes diplomáticos contra toda clase de atropellos por parte de los particulares; pues, en caso contrario, compromete su responsabilidad por omisión. En el pasado, los edificios de las embajadas fueron blancos de agresivas manifestaciones, inclusive de atentados, en algunos casos inspirados discretamente por el propio gobierno, como fue el caso de la embajada de EE.UU. en Irán.²²

Ante la ola de atentados contra embajadas y secuestro de diplomáticos, los Estados afectados se encontraron ante la dicotomía del deber de protección al diplomático y el de velar por la seguridad del Estado.

La Asamblea General Extraordinaria de la OEA, reunida en Washington, votó el 2-2-1971 una Convención para combatir los secuestros de los diplomáticos. Los Estados miembros se comprometieron a prevenir y sancionar los actos de terrorismo, especialmente el secuestro de los diplomáticos, y la extorsión conexas a estos delitos, que se

²¹ La valija diplomática suele, a veces, cobrar tamaño extraño. Por ejemplo, el vapor soviético *Mitshurinsk* llegó al 16-7-1967 con grandes cajas de acero que intentaban desembarcar, sin someterlo al control aduanero argentino, como la valija diplomática para la embajada de la URSS en Buenos Aires

²² Pero las organizaciones terrorista de extrema izquierda aprovechaban la responsabilidad del Estado por la vida y la seguridad de los diplomáticos extranjeros acreditados ante él para otros fines: lo secuestran y, amenazando matarlos, logran que el gobierno libere a extremistas presos, en canje por el diplomático prisionero. Por lo general los gobiernos se inclinaban ante la extorsión. El embajador alemán en Guatemala, Von Apreti, fue asesinado, porque el gobierno guatemalteco no lo canjeó por extremistas presos. Para poner coto a esta peligrosas formas de delincuencia, la Argentina propuso a la OEA un proyecto para que los gobiernos del hemisferio rechacen el asilo a los presos canjeados por un diplomático secuestrado.

consideran comunes, cualquiera sea su móvil. Por lo tanto los delincentes estarán sujetos a la extradición, lo que no menoscaba el derecho de asilo; la calificación del delito corresponde al Estado, bajo cuya jurisdicción se encuentran las personas sospechosas. Los Estados intercambiarán informaciones, cooperarán en la búsqueda de los presuntos responsables, cumplimentarán rápidamente exhortos, y procurarán que sean eliminadas las respectivas lagunas de los códigos penales.

El Convenio fue aceptado por 13 votos contra 1 (Chile) y 2 abstenciones (Bolivia y Perú). Seis cancilleres se retiraron, a iniciativa argentina, ante la negativa de la mayoría de tratar el problema del enfrentamiento con el terrorismo en general.

El ejemplo más actual de esta problemática lo brinda el caso de la toma de la embajada de Japón en Lima (Perú) por miembros de la organización terrorista Tupac Amará. El derecho convencional (el art. 29 del Convenio de Viena) impone únicamente la obligación de protección, lo que implica el deber de prevenir el secuestro, bien entendido, en la medida en que tal peligro es previsible. Si el gobierno local no logra prevenir el secuestro, tiene la obligación —en virtud de una norma consuetudinaria relativa a la responsabilidad internacional— de reprimir el delito. De los principios generales del derecho en la mayoría de los códigos penales del mundo podría incluso deducirse la ilicitud de la capitulación ante los secuestradores.

La misión diplomática puede enviar y recibir telegramas oficiales cifrados. La suspensión del uso de la "cifra" y de la inmunidad del servicio de valijas se permite "excepcionalmente" a fin de asegurar el secreto de ciertas operaciones militares²³ o financieras.²⁴

El edificio diplomático también goza de ciertos privilegios y debe ser cuidadosamente protegido contra atentados de toda índole. El agente debe entregar a los criminales que se refugien en la embajada y permitir que la policía penetre en ella para proceder a su detención. El problema es más delicado si se trata de un delincuente político; el asilo diplomático existe únicamente en América latina.²⁵

²³ Por ejemplo el gobierno británico suspendió la inmunidad de cifra y de valija del 17-4 al 20-6-1944 época de la preparación del desembarco en Normandía.

²⁴ Una análoga suspensión dispuesta por el gobierno francés del 4 al 16-6-1945 y por el egipcio el 23-4-1959 por motivo del cambio de los billete; se cambiaba un determinado monto por habitante

²⁵ El asilo territorial lo abordamos en el Nº 81 D.

La inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos los protege contra las acciones civiles o penales que pudieran entablarse contra ellos. Además, el agente diplomático no puede ser citado como testigo: sólo puede pedírsele que presente su testimonio por escrito; está prohibido citarlo directamente para que comparezca ante la justicia.

Los bienes muebles del agente no pueden ser embargados, pero sí los inmuebles situados en el Estado de residencia si es propietario de los mismos.

Desde el punto de vista personal, la inmunidad se extiende al jefe de la misión (embajador, ministro plenipotenciario, encargado de negocios), a su esposa e hijos,²⁶ y a todo el personal oficial: los diplomáticos (consejeros, secretarios y agregados de embajada y toda clase de agregados especiales: militares, navales, del aire, de prensa, culturales, comerciales), etc. En cuanto al personal no oficial (empleados, mucamos, porteros, choferes), su inmunidad es controvertida, sobre todo si tienen la nacionalidad del Estado de residencia.²⁷

Bajo el aspecto sustancial, la inmunidad de jurisdicción es indivisible, sin distinción de la naturaleza de la obligación. Se extiende a cualquier clase de acción civil, como a cualquier acto funcional, realizado en el ejercicio del cargo o a un acto realizado a título particular.

La inmunidad es atributo personal de los agentes; en el caso de un accidente causado por un agente diplomático, queda expedita la acción directa contra los aseguradores. La inmunidad dura tanto como la función, es decir hasta el momento en que termina la función diplomática.²⁸ No tiene importancia que el agente demandado haya

²⁶ En el caso de *Policía de la Capital Federal contra Ludovico Cenzi*, la Suprema Corte no se pronunció expresamente acerca de la inmunidad de los familiares del diplomático, pero la afirmativa puede deducirse de la aceptación del dictamen y razones que dio el procurador general. (Ruiz Moreno 1970, p. 161). El hijo del embajador chileno en Moscú se casó con una ciudadana soviética, a la cual el gobierno de Moscú le prohibió acompañar a su marido cuando éste abandonó la URSS, la asamblea general de la ONU calificó esta medida —por la resolución del 25-4-1949— como una violación de los usos diplomáticos.

²⁷ La Suprema Corte de la República Argentina reconoció la inmunidad del empleado inferior de una misión diplomática (caso de Iraburu contra Susini, t. 81, p. 113), y de la servidumbre (caso de Wamsen, t. 107, p. 398, Ruiz Moreno cita un extracto de la sentencia, 1970, ps. 162-163). En el caso Luis *Bernmen* negó la inmunidad al abogado de una legación (t. 168, p. 346).

²⁸ Fallos de la Suprema Corte de la República Argentina en los casos de Holguín (t. 170, p.341), McCulloch (t. 226, p. 704), de Guardia contra Campos (t. 227, p. 24) y de Etcheverst contra Coenen (t. 229, p. 619).

contraído su obligación antes o después del ejercicio de sus funciones oficiales; lo esencial es que tenga carácter diplomático en el momento en que se entabla la acción contra él. Al agente diplomático le será negada la inmunidad si no está inscripto en las listas del personal diplomático.

Por otra parte cabe señalar igualmente el derecho a practicar el culto, llamado antes "derecho de capilla" que tuvo especial importancia en los países comunistas (capillas católicas de las embajadas en Moscú).

Las inmunidades diplomáticas tienen origen consuetudinario. Así lo reconocen de modo expreso los tratados bilaterales que regulan aquella materia. Grocio explicaba las inmunidades diplomáticas por la extraterritorialidad, pero esta ficción es inútil y ya ha sido abandonada por la jurisprudencia de la mayoría de los países.

La teoría de la extraterritorialidad carece de confirmación en la práctica.²⁹ Ella implicaría para el Estado territorial la obligación de recurrir al procedimiento de la extradición para obtener la entrega de un criminal refugiado en la sede de una embajada. Pero en la práctica, la detención de un criminal por la policía local requiere únicamente la autorización del jefe de la misión. En el caso de un delito cometido dentro de una embajada, el tribunal competente no es el del Estado del que depende la embajada sino el del Estado en cuyo territorio está situada. También el acto jurídico que se realiza dentro de una embajada o de una legación se considera como realizado en territorio nacional del Estado de residencia y no en territorio del Estado al que pertenece la embajada.

El mejor fundamento de las inmunidades diplomáticas (que hoy se impone en la jurisprudencia) es funcional. Es la necesidad de asegurar la independencia del agente en el ejercicio de sus funciones. Esta explicación también determina la naturaleza y extensión de las inmunidades diplomáticas.

La Convención de Viena de 1961 brinda definiciones indispensables sobre estos temas: la inviolabilidad de su persona (art. 29), la libertad de circulación (art. 26), la libertad de comunicación (art. 27 inc.1) la dignidad, la sede (art. 22), la residencia (art. 30) y los documentos del

²⁹ Sin embargo, la acepta la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República Argentina en los casos de la Pilcomayo (t. 43, p. 321); Wamsen (t. 107, p. 398); Ministerio Fiscal contra Cecil Wilson Berlie (t. 145, p. 215); Wilhelm Wolthussen (t. 145, p. 402). Ruiz Moreno critica esta postura doctrinal (1970, p. 151)

agente diplomático (art. 24), así como la valija y el correo diplomático (art. 27 pár.5), con la obligación por parte del Estado receptor de brindar protección sobre los bienes enunciados.³⁰

D. Comienzo y término de la misión diplomática.

Antes de designar a un nuevo agente diplomático, su gobierno pide del gobierno ante quien lo acreditará, el *placet o agreement*. Este procedimiento tiene por objeto averiguar si el candidato es persona grata. Darle cumplimiento no es rigurosamente obligatorio, ni corresponde a una norma de d.i. sino de cortesía. A veces se niega el *placet* solicitado.

Una vez nombrado, el representante recibe cartas credenciales, un documento que lo acredita ante el jefe del Estado extranjero. Llegado a su destino, notifica su nombramiento al ministro de Relaciones Exteriores mediante la presentación de la llamada copia figurada de sus cartas credenciales y luego entrega al jefe del Estado los originales. El ministro de Relaciones Exteriores recibe directamente las credenciales del encargado de negocios. La antigüedad del diplomático en su puesto no se determina por su edad ni por el momento de su ingreso a la carrera, sino por la fecha en que ha notificado su llegada.

La misión diplomática temporal termina al concluirse la negociación. Una misión permanente termina con la muerte o dimisión del agente, o por decisión del gobierno que lo nombró. En este caso, el agente que se retira presenta las cartas credenciales.

En el caso de ruptura de las relaciones diplomáticas con el gobierno ante el cual estaba acreditado, el agente solicita su pasaporte, que no le puede ser negado. La ruptura de las relaciones diplomáticas se produce cuando se ha perdido la esperanza de resolver pacíficamente un conflicto. También se produce en el caso de un cambio inconstitucional del gobierno si falta disposición para reconocer el nuevo régimen.

Cada gobierno tiene la facultad discrecional de romper las relaciones diplomáticas, lo que por ende es un acto jurídicamente lícito, compatible con el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Por lo tanto es una retorsión y no represalia. Figura entre las medidas de la OEA; fue aplicado en 1960 contra la República Dominicana y desde

³⁰ Sobre el tema de privilegios e inmunidades ver: Key-Sung Cho, "Derecho Internacional Público", Ed. Belgrano, Bs.As.,1997, P. 126 a 138.

1964 contra Cuba (únicamente México no la observa, desde 1970 a 1973 tampoco la acató Chile). Actualmente la mayoría de los estados latinoamericanos mantienen relaciones diplomáticas con Cuba. Argentina lo hace desde 1973.

Si la conducta de un representante diplomático se reputa incorrecta, se lo declara *persona non grata*, lo que implica su retiro.

Si muere un jefe de Estado, su sucesor da nuevas cartas credenciales a sus agentes en el extranjero y los agentes acreditados ante él reciben nuevas cartas credenciales.

La necesidad de implementar mejores medidas de protección de los agentes diplomáticos se ha visto satisfecha, aunque sea formalmente, mediante la adopción, por parte de la AG de la ONU, de la Convención sobre la Prevención y Represión de Crímenes contra Personas Protegidas Internacionalmente, incluyendo los agentes diplomáticos, que ha quedado abierta a la firma y ratificación de los Estados.³¹

El campo de aplicación del convenio comprende, *ratione personae*, a los agentes diplomáticos y a otras personas con derecho a protección especial de conformidad con el d.i.

Mediante el Convenio se procura que el delincuente que haya cometido cualquiera de los delitos tipificados en el artículo 2º no encuentre refugio,³² para lo cual se ofrece a cada Estado parte, base para reivindicar la jurisdicción sobre esos delitos; y se da al Estado en el que se encuentra el presunto culpable la opción (arts. 6º y 7º) de conceder la extradición o proceder a su enjuiciamiento (arts. 8º al 11); y finalmente se regula la solución de las controversias que surjan entre los Estados partes (art. 12).

El tema de la seguridad de los agentes diplomáticos y de las sedes de la embajadas presentó situaciones cruciales entre las que cabe

³¹ El texto se encuentra aprobado en la resolución 3166 (XXVIII) del 14-12-73.

³² El art. 2 del convenio dice: "1. Cualesquiera que sean sus móviles: a) la comisión intencional de un atentado violento contra la integridad o la libertad de una persona internacionalmente protegida; b) la comisión intencional de un atentado violento contra los locales oficiales o la residencia particular de una persona internacionalmente protegida que pueda poner en peligro su integridad; c) la tentativa de cometer tales atentados; d) la tentativa de cometer tales atentados y e) la complicidad en tales atentados, serán calificados por cada Estado parte como delitos en su legislación independientemente de la que tengan lugar dentro o fuera de su territorio. 2. Cada Estado parte hará que esos delitos sean castigados con penas severas que tenga en cuenta el carácter grave de la infracción. 3. Cada Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre esos delitos".

destacar la toma de los rehenes y diplomáticos norteamericanos en Irán que dio lugar a dos acciones de rescate, ya que el primer intento en tiempos del presidente Carter fracasó, y a una sentencia de la CIJ como resultado de una demanda interpuesta por EE.UU. contra Irán, en el Asunto Relativo al Personal Diplomático y Consular de los EE.UU. en Teherán, de 1980.³³

En América Latina se produjeron atentados contra sedes diplomáticas con distintas connotaciones. Entre las más notorias cabe citar al estallido de una bomba que destruyó la Embajada de Israel en Buenos Aires, y la toma de la Embajada de Japón en Lima, Perú, con más de 400 rehenes, en enero de 1997.

En los últimos tiempos, además de las ya conocidas Convenciones de 1961 y 1963 sobre inmunidad diplomática y consular se han ido agregando otras como la Convención sobre las Misiones Especiales y su Protocolo sobre solución obligatoria de controversias y la Convención sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas, Diplomáticos, la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de carácter universal, el Estatuto del Correo Diplomático y la Valija Diplomática no acompañada por un Correo Diplomático.

En la Convención sobre las Misiones Especiales (Viena, 1969) se entiende por misión especial a una misión temporal, que tenga carácter representativo estatal, enviada por un Estado ante otro con el consentimiento de este último, para tratar asuntos determinados. Comprendía el concepto de Enviado Itinerante que cumple encargos especiales de los Estados a los que se le envía. Se trata de la "diplomacia ad hoc" que se rige también por la teoría funcional dominante en la Convención de Viena, haciendo una adaptación de las reglas de inmunidad a las condiciones características de las misiones especiales y ambulantes, que contribuyen eficazmente a la diplomacia moderna.³⁴

La Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en

³³ CIJ, sentencia del 24-5-1980.

³⁴ Junto a esta Convención y su protocolo, firmados el 8 de diciembre de 1969, se aprobó la Resolución 2531 que establece: "el Estado que envía renuncia a la inmunidad de los miembros de sus misiones especiales con respecto a las acciones civiles entabladas por personas en el Estado receptor, cuando pueda hacerlo sin perjuicio del desempeño de las funciones de la misión especial y que, cuando no renuncie a esa inmunidad, el Estado que envía se esfuerce por lograr una justa solución del litigio".

sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de carácter universal, fue aprobada durante la Conferencia de las Naciones Unidas convocada a tal fin en marzo de 1975.³⁵

La necesidad de esta convención se hizo evidente con el desarrollo de las organizaciones internacionales, lo que aumentó los problemas jurídicos que plantean las relaciones entre las organizaciones y los Estados. Por lo tanto resultó imprescindible codificar el derecho de las convenciones especiales, y elaborar principios generales que sirvan de base para el desarrollo progresivo del derecho internacional en esta materia

24. Cónsules

A. Generalidades

Los cónsules carecen de carácter representativo. Son funcionarios que un Estado establece en ciudades extranjeras para desempeñar tareas principalmente administrativas y económicas. Sin embargo, además de los cónsules de carrera, que ejercen exclusivamente las funciones consulares y no tienen ninguna otra actividad, hay también cónsules honorarios. Por lo general se trata de comerciantes (súbditos del Estado en que ejercen sus funciones).

Los cónsules actúan de acuerdo al derecho consular. Pueden distinguirse las fuentes del derecho consular internacional y del interno. Las primeras son los convenios consulares y las cláusulas consulares de los tratados de amistad, comercio y navegación. Los convenios consulares tienen un doble objeto: fijar contractualmente el estatuto de los cónsules y determinar los poderes que pueden ejercer en el territorio extranjero. El texto fundamental lo constituye en la actualidad el Convenio de Viena de 1963. Las fuentes internas pertenecen a la legislación nacional.

Todo Estado tiene derecho a recibir o no a los cónsules y también el de limitar su admisión. No obstante, la renuncia general y sistemática al envío o a la recepción de cónsules no se considera lícita.

³⁵ La convención tiene 92 artículos, agrupados en cuatro partes: Parte I; Introducción; Parte II, Misiones ante organizaciones internacionales; Parte III, Delegaciones ante órganos y Conferencias, Parte IV, Disposiciones generales.

B. Tareas

Las atribuciones de los cónsules son de una triple índole: la participación en la administración nacional, la protección de los ciudadanos y la información sobre las posibilidades comerciales.

Mientras la abrumadora mayoría de los funcionarios administrativos trabajan sobre el territorio nacional, los cónsules actúan fuera de él. Como el volumen de los asuntos que se les presentan es relativamente reducido, la escala de sus atribuciones es muy amplia, en contraste con la especialización que es propia de la moderna administración interna. Pueden distinguirse atribuciones relativas a las personas de los nacionales y a sus bienes.

La principal tarea en cuanto a los bienes comprende las sucesiones;³⁶ además los cónsules abonan a los nacionales domiciliados dentro de sus respectivas circunscripciones, las pensiones y prestaciones económicas de otra índole. Pero sus atribuciones administrativas respecto de las personas son muy amplias. Concretamente, actúan como:

1) Funcionarios de la administración general: Llevan el registro de nacionales, inscribiendo a los súbditos de su país en un libro, lo que implica la presunción de nacionalidad. Expiden y prorrogan pasaportes o sea títulos de viaje que establecen la identidad y la nacionalidad de su titular. Visan a los extranjeros el pasaporte autorizándoles la entrada en el territorio nacional. Realizan diversos actos administrativos: firman declaraciones y solicitudes, expiden certificados, legalizan firmas, traducciones, etcétera.

2) Funcionarios de registro civil; esta competencia queda limitada a los actos que afectan a sus nacionales.

3) Escribanos: formalizan toda clase de actos auténticos, pero, en principio, sólo entre nacionales.

4) Funcionarios judiciales: ejecutan comisiones rogatorias, notifican actos judiciales, transmiten y ejecutan actos judiciales y extrajudiciales, piden la extradición.

5) Son amplias las atribuciones consulares en materia de policía

³⁶ La Suprema Corte aporta precisiones a las atribuciones consulares en materia sucesoria en los casos Budelachi contra Nuevo Banco Italiano (t. 130, p. 328), (Ruiz Moreno cita un extracto del fallo, 1970, ps. 177-178); Bodo Orestes, curador en la Sucesión Cavallieri (t. 98, p. 226); Ranguedat (t. 124, p. 44), Cónsul de España, en la testamentaria de José Rosendi (t. 42, p. 69).

y jurisdicción marítima. Para la Armada, el cónsul proporciona informaciones y sirve de enlace. En relación con la marina mercante, actúa como funcionario de aduanas: expide certificados y licencias, visa manifiestos, etc., y como funcionario del Registro marítimo, autoriza el embarco y desembarco de tripulantes, ayuda a los marineros desembarcados, repatria a los naufragos, registra las entradas y salidas de barcos, comprueba libros de navegación del capitán, constata la falta de aptitud del barco para la navegación, etc. Como funcionario judicial autoriza préstamos sobre los barcos, nombra peritos en caso de avería, etc.

Además, los cónsules hacen respetar los derechos de sus compatriotas y los ayudan en sus empresas realizando intervenciones consulares antes las autoridades locales. Por fin informan a los particulares sobre las posibilidades de exportación o importación y envían informaciones al gobierno, sobre todo en materia comercial. Esta última función ha cobrado actualmente una gran importancia. Por ejemplo, en el ámbito del Mercosur cabe destacar la labor que viene cumpliendo el Consulado argentino en San Pablo.

C. Inmunidades consulares

Para hacer frente a sus tareas, los cónsules y funcionarios consulares necesitan algunas inmunidades, con respecto a las cuales subsiste cierta incertidumbre: los cónsules de carrera tienen privilegios mayores que los cónsules honorarios.³⁷

Las inmunidades consulares han sido minuciosamente reguladas por el Convenio de Viena de 1963 (artículos 28 a 57), la jurisdiccional, la fiscal y la inviolabilidad.

1) *Inmunidad de jurisdicción*: es inferior que la de los agentes diplomáticos. Por lo general la jurisprudencia niega la inmunidad jurisdiccional a los actos personales de los cónsules, o sea a los desvinculados de sus funciones. La cláusula *de inmunidad personal* estipulada en los Convenios consulares no equivale a la *inmunidad jurisdiccional* para los actos personales; proporciona únicamente la inviolabilidad de la

³⁷ La Suprema Corte negó a los consules las inmunidades de las cuales gozan los diplomáticos, en los casos Provincia de Salta contra *Gottling y Serrey* (t. 156, p. 245), Ministerio Fiscal contra *Gottling y Serrey* (t. 156, p. 245) y Ministerio Fiscal contra *Cecil Wilson Berlie* (t.132, p.215); en este último fallo negó a los consules "el privilegio de extraterritorialidad y otros de carácter diplomático".

persona física del cónsul, la inmunidad de encarcelamiento o de la detención preventiva. La inmunidad jurisdiccional queda limitada al ejercicio de la función consular, a los actos realizados en el servicio o en ocasión del servicio, como por ejemplo la negación del pasaporte de protección consular, el despido de un empleado, etc.

2) *Inmunidad fiscal*: está restringida a los impuestos directos y, generalmente, subordinada a la reciprocidad; las exenciones aduaneras se reducen a los derechos de entrada de los muebles de la primera instalación, del automóvil y a los impresos del servicio.

3) *Inviolabilidad*: según hemos mencionado, los cónsules gozan de inviolabilidad personal contra la encarcelación y la detención preventiva. Sin embargo esta inmunidad solamente prohíbe las detenciones injustificadas; pero si hay sospechas razonables respecto a la conducta de un cónsul extranjero, pueden tomarse medidas contra él advirtiendo inmediatamente a su gobierno. La inmunidad de los locales del consulado se extiende a las oficinas, a la habitación consular (si los convenios consulares lo han provisto en una cláusula especial) y a los archivos consulares. La correspondencia consular goza de secreto.

D. Comienzo y fin de la misión consular

El cónsul ejerce sus funciones en una circunscripción determinada, el distrito, que generalmente coincide con una o varias divisiones administrativas.

El cónsul debe estar provisto de cartas patentes especiales que extiende el ministro de Relaciones Exteriores y que debe entregar al gobierno local.

Para ejercer sus funciones en territorio extranjero el cónsul necesita la autorización previa del gobierno local, que se llama *exequatur*. Por este acto al cónsul extranjero se lo reconoce en su calidad oficial y se admite el libre ejercicio de sus funciones. El Estado que envía al cónsul debe obtener el *exequatur* del gobierno local, y este último tiene derecho a negarlo o retirarlo, pero no a rechazar toda relación consular con un Estado determinado.

SECCIÓN VII

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS

25. Concepto y controversia doctrinal: A. *Doctrina*; B. *Intentos de su implantación en el derecho positivo*. 26. Derecho a la igualdad: A. *Desarrollo*; B. *Problemática actual*. 27. Derecho a la independencia. 28. Derecho a la autonomía constituyente. 29. Derecho a la soberanía sobre los recursos naturales. 30. Derecho a la autodeterminación: A. *Evolución del principio de la libre determinación de los pueblos*; B. *Otros derechos de los pueblos*.

La vigencia de estos derechos se mantiene, pero han perdido la carga ideológica que caracterizó su ejercicio y formulación en los años sesenta y setenta. Las transformaciones operadas en los países que pertenecieron a la órbita soviética, con el resurgimiento de las aspiraciones secesionistas de las minorías raciales, o la nueva versión del hostigamiento norteamericano contra la autonomía cubana en el contexto hemisférico americano, han demostrado la vigencia del derecho a la soberanía, a la independencia, a la autodeterminación, a la autonomía constituyente, a la soberanía sobre los recursos naturales, y al desarrollo. La formulación de este último derecho cobró aceptación general gracias a la labor de Naciones Unidas y a la gravedad de los casos en los que debió reconocerse, particularmente en el continente africano.

25. Concepto y controversia doctrinal

A. Doctrina

El tema de los derechos fundamentales de los Estados es controvertido y algunos autores niegan su existencia o validez. Su existencia es negada, por lo general, por los internacionalistas de orientación positivista.

Kelsen,¹ por ejemplo, hace una crítica sistemática de los derechos fundamentales por cuanto se funda en el derecho natural, son principios presupuestos por el derecho internacional deducidos de la personalidad del Estado. Por otra parte señala que la fundamentación de estos derechos en el d.i. radica en el consentimiento común de los Estados.

Opina Lauterpacht que los estados gozan de derechos fundamentales, "simplemente en cuanto personas internacionales", y según la opinión de Verdross "sin los derechos fundamentales sería imposible la convivencia internacional. La supresión de estos derechos equivaldría a la supresión del propio d.i.", o mejor dicho, del d.i. de la paz.

Los derechos fundamentales de los estados figuran en algunos textos bajo la denominación de: *Principios rectores del ejercicio de las competencias* (Rousseau), *Principios fundamentales de la vida de relación internacional* (Podestá Costa), y otros.²

B. Intentos de su implementación en el derecho positivo

Además de los enfrentamientos doctrinales, hubo intentos de codificación de los derechos fundamentales en el derecho positivo.

1. En el año 1940 hubo un intento unilateral: las llamadas cuatro libertades que proclamó el presidente Franklin D. Roosevelt.

2. En la Carta del Atlántico, del año 1941, los derechos y obligaciones se desarrollan en ocho puntos; la Carta fue suscrita por cuarenta y tres Estados.

3. El artículo 2º de la Carta de la OEA reafirma siete principios relativos a los derechos fundamentales, y los artículos 9º a 22 sobre

¹ Kelsen 1965, ps. 125-136.

² Podestá Costa distingue los siguientes principios fundamentales de la vida de relación internacional: 1) igualdad jurídica 2) jurisdicción exclusiva; 3) respeto mutuo; 4) defensa propia; 5) identidad, y 6) intercambio. Verdross, distingue: 1) la independencia política; 2) la supremacía territorial; 3) el honor y 4) a la comunicación. Rousseau admite tres, dos positivos: el principio de independencia, y el de igualdad, y uno negativo, el de abstención; el último contiene en realidad el deber de abstención de los atropellos contra la independencia, de modo que el citado autor admite en realidad dos principios: la igualdad y la independencia.

derechos y obligaciones fundamentales de los estados, de la misma organización continental, desarrollan el tema.

4. En 1954 fue firmada la llamada Carta Pacífica, por Australia, Francia, Nueva Zelandia, Pakistán, Filipinas, Tailandia, Reino Unido y EE.UU.; enumera los derechos y deberes de los estados.

5. La CDI de la ONU preparó una declaración de los derechos y deberes de los estados, compuesta de 14 artículos, pero la AG de dicha organización decidió posponer su consideración, hasta el momento en que un número suficiente de estados miembros presente sus comentarios y sugerencias. Este tema nunca reapareció en la agenda.

6. Como otro intento de la normatización de los derechos fundamentales pueden considerarse los llamados "Cinco principios de coexistencia pacífica" y luego el comunicado de la Conferencia Afroasiática en Bandung.³

7. En la misma línea puede ubicarse la resolución 2625 (XVII) por la cual la AG de la ONU aprobó la declaración de los principios de d.i. referentes a las relaciones de amistad⁴ y cooperación entre los estados conforme a la Carta de la ONU.

³ El concepto de la coexistencia pacífica fue elaborado por la doctrina soviética de d.i. (Véase Meissner, 1967, ps. 21-24, 26-28; Dutoit, 1967, p. 86). En el d.i. positivo fue formulado por primera vez bajo la denominación de *Panch Sila*, en el tratado sino-indio sobre Tíbet, firmado en Pekín en 1954 y luego repetido en una serie de otros tratados bilaterales, como también en las declaraciones unilaterales, bilaterales y plurilaterales. Ver Lazar Focsaneau, 1956, ps. 1530-155.

⁴ La misma resolución enumera los siete principios siguientes:

1) Los estados, en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

2) Los estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera, que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales, ni la justicia.

3) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los estados, de conformidad con la Carta.

4) La igualdad soberana de los estados.

5) La obligación de los estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta.

6) La igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos.

7) El deber de los estados de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas por ellos, de conformidad con la Carta. Véase Ruda, 1969.

26. Derecho a la igualdad

A. Desarrollo

Nos encontramos ante cierta incompatibilidad entre:

1. El valor igualdad (proyección a la esfera internacional de un valor democrático)

2. Una realidad que no le favorece: la ausencia de toda igualdad fáctica entre los estados, que hemos destacado como una de las características de los sujetos de d.i. Esto es de suma importancia por el hecho de que los estados no sólo son sujetos sino también órganos del orden jurídico internacional.

En cuanto a lo primero, se considera a la igualdad de los estados como uno de los principios fundamentales del d.i.; sin embargo existe desacuerdo doctrinal en cuanto a su naturaleza: a) para los iusnaturalistas, se trata de un derecho subjetivo y connatural de los estados; b) para los positivistas es más una fórmula política.

Por otra parte, tampoco hay acuerdo en cuanto a su contenido, puesto que para los autores clásicos se trata de una *igualdad natural*, mientras que para los contemporáneos sería sólo la *igualdad* ante el *derecho internacional*.

La Revolución Francesa declaró la igualdad de los ciudadanos en el orden interno. Como consecuencia de la influencia ideológica de los teóricos políticos de la revolución, tal idea de igualdad se proyectó al ámbito internacional.

a) En el plano *jurídico* se afirma el principio de igualdad de los estados, de lo que deriva:

1. El principio de la inmunidad jurisdiccional de los estados, es decir, que ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre otro.

2. El principio de la inmunidad en la adopción de decisiones en la vida internacional, ya que ningún Estado podía ser obligado a aceptar una norma sin su previo consentimiento

b) En el plano *fáctico* no ha sido observado este principio, debido al predominio de las grandes potencias como la Pentarquía (1815-1830) y el Concierto Europeo.

Posteriormente, ya en la era de la organización internacional, el concepto de igualdad se separa del de soberanía, consolidándose doctrinalmente como una noción autónoma, de contenido estrictamente jurídico. No significa igualdad material, ni tampoco igualdad de par-

ticipación en las funciones internacionales. Algunos autores europeos como Rousseau, consideran que las grandes potencias tienen más responsabilidades, a las que forzosamente deben corresponder derechos más amplios. Autores latinoamericanos no admiten como legítimo este privilegio de las grandes potencias, pero la realidad no puede superarse por medio de un enunciado normativo, por más bien fundamentado que esté en la dimensión axiológica. La capacidad de un Estado como órgano de d.i. depende de su poderío, es decir, que su peso en el plano internacional es proporcional a sus medios.⁵ Por lo tanto es inevitable, aun cuando resulta lamentable que en 1919 el Consejo de la SDN y ahora el Consejo de Seguridad de la ONU admita expresamente esta desigualdad, distinguiendo entre dos clases de miembros: los permanentes, que sólo son las grandes potencias, y los no permanentes. Queda relegada a la Asamblea General la igualdad proclamada en el art. 2º de la Carta de las Naciones Unidas.

Cabe agregar que el principio de igualdad fue violado en los tratados de paz de 1919. En la Conferencia de Versalles, las grandes potencias victoriosas ejercieron un poder autocrático.⁶

B. Problemática actual

Antes que el principio de igualdad se afirmara se vio puesto en tela de juicio. En la época entre las dos guerras mundiales el igualitarismo recibió el desafío del Eje, que profesaba abiertamente su concepto hegemónico y, por ende, una jerarquía no disimulada. También después de la Segunda Guerra Mundial se dio cierto divorcio entre la igualdad solemnemente proclamada por la Carta de ONU y la realidad, que señala Stanley Hoffmann.⁷

⁵ El desdoblamiento funcional del estado, que es simultáneamente sujeto órganos de d.i., está expuesto en el Nº 103.

⁶ Se produjo una situación eminentemente desigualitaria al constituirse órganos tales como el Consejo Supremo, el Consejo de los Cuatro, el Consejo de los Cinco y la Conferencia de Embajadores, integradas únicamente por las grandes potencias victoriosas. Los cuatro grandes (EE.UU., URSS, Reino Unido y China) o bien los cinco (agregando a Francia), asumieron la dirección de los aliados durante la segunda guerra mundial, y en la elaboración de la paz, en las conferencias de Moscú, Teherán, Yalta y Potsdam (véase Nº 119 B).

El otro bando era autocráticamente dirigido por el eje Berlín-Roma-Tokio.

⁷ Hoffmann, 1961, ps. 230-231. Este autor expone el concepto tradicional de soberanía (según el caso *Wimbelten*) y saca de allí tres conclusiones, entre ellas el principio de la jurisdicción doméstica.

27. Derecho a la independencia

Bajo este título se han tratado en la literatura del d.i. dos materias distintas o mejor dicho poco conexas. Por un lado la inmunidad jurídica de los Estados, y, por otro lado el derecho a decidir sus asuntos.

Resumimos brevemente el primer aspecto. Como titular del poder público el Estado no está sometido a ninguna clase de competencias legislativas, ejecutivas o judiciales de otros estados. Es distinto cuando el Estado aparece en el extranjero como titular de derecho privado, pues en este caso puede ser llevado ante los tribunales como cualquier otra persona de existencia ideal. En el capítulo dedicado a los sujetos del d.i. hemos recalcado la doble subjetividad del Estado, ya que por un lado es sujeto de derecho público y por otro de derecho privado (Nº 16, B).

Esta distinción necesita cierto desarrollo. Los buques y aeronaves públicas que se encuentran en el extranjero o en alta mar, están sometido exclusivamente al ordenamiento jurídico del Estado al que pertenecen.

En una condición jurídica análoga se hallan las tropas mientras se encuentran en un territorio extranjero.⁸ Sin embargo esta inmunidad de la jurisdicción local existe únicamente cuando el soldado ha cometido algún acto delictivo prestando servicio. Esta norma de d.i. común fue completada y en parte derogada por convenios bilaterales que se concluyen entre el Estado territorial y el otro a quien pertenecen las tropas.

En cuanto a otros órganos, sólo el Estado al que pertenece el órgano culpable puede ser demandado en el extranjero por procedimientos previstos en d.i. La Convención de la ONU sobre los privilegios e inmunidades de la ONU, confirmó esta inmunidad absoluta de los actos de un Estado extranjero a través de sus representantes en cumplimiento de sus deberes, incluso después del término de su misión. (Sin embargo, el órgano puede ser inculcado directamente por los actos que cometiera por encargo secreto de su gobierno.)

También goza de inmunidad el jefe de un Estado que reside en el territorio de otro Estado, la ley de garantías italianas de 1871 concedió

⁸ Le confirmó la sentencia del Tribunal Permanente de Arbitraje en 1909, en el litigio planteado por los Refugiados de la legión Extranjera francesa, que se refugiaron en el consulado general alemán en Casablanca.

esta inmunidad al Papa como jefe de la Iglesia Católica, y durante la Segunda Guerra Mundial gozaban de esta inmunidad los jefes de Estado ocupados por las potencias del Eje y refugiados en Londres, como también los miembros de los gobiernos exiliados, en virtud del *Diplomatic Privileges Extension Act* de 1941.

La mayor parte de los autores se contentan con identificar independencia y soberanía sin analizar metódicamente ambas nociones. Tampoco la jurisprudencia internacional ha precisado la distinción.

La noción corriente de independencia —ausencia de dependencia o de subordinación política— es una noción negativa y, por ello, metodológicamente defectuosa. Para elaborar una noción más precisa es necesario analizar los conceptos de independencia que implica —según Rousseau— exclusividad, autonomía y plenitud de la competencia.

La *exclusividad* de la competencia significa que en un territorio determinado, no se ejerce en principio más que una sola competencia estatal. Esto se manifiesta en el monopolio de la fuerza (o sea de la competencia coercitiva), de la competencia jurisdiccional y de la competencia administrativa pública. De estos monopolios sólo el primero tiene un carácter absoluto.

Es delictivo un acto compulsivo de un Estado en el territorio de otro Estado, que sea cometido por sus órganos (por los agentes de seguridad que crucen la frontera)⁹ o por agentes secretos, como en el caso de Eichman.¹⁰

Puede ocurrir, que la competencia jurisdiccional se ejerza en territorio extranjero como ocurría en el régimen de capitulaciones.¹¹ La

⁹ El incidente de *Berthold. Jakob*, entre Alemania y Suiza, en 1963; de *Nobel*, entre Francia y Suiza, también en 1963

¹⁰ *Eichmann*, responsable por el exterminio de judíos en el III Reich, raptado en la Argentina (donde se ocultaba, bajo una falsa identidad) por los agentes secretos de Israel, la noche del 11 al 12-5-1960). *Ben Barka*, dirigente izquierdista marroquí, raptado en París por la policía política de Marruecos (los culpables, entre esos funcionarios policiales franceses, han sido procesados). El secuestro de Ben Barka motivó una prolongada ruptura de las relaciones diplomáticas entre Francia y Marruecos; la ruptura de las relaciones entre la Argentina e Israel fue muy breve.

¹¹ Cabe destacar, sin embargo, que sólo el monopolio de fuerza es absoluto, mientras el monopolio de la competencia jurisdiccional admite excepciones. La Corte Suprema de la República Argentina admitió la ejecución de las sentencias extranjeras, en el caso de *Gómez contra Baudrix*, N° 7, p. 282; sentencia citada por Ruiz Moreno, 1970, ps. 70-74. Asumió una distinta actitud en los casos de *Marciano Molina contra Morton*, s. 7, p. 267; *Bustos contra Manterola*. N° 8, p. 58); *Basilio Adam*, t. 25, p. 189; *Martinelli contra Panelo*, t. 89, p. 388.

práctica internacional ofrece también numerosos ejemplos de ejecución en el extranjero de ciertos actos constitucionales por gobernantes exiliados.¹²

La competencia estatal no está determinada en lo sustancial. Un Estado totalitario puede englobar en ella el control de la vida económica e intelectual. Claro está que estas extensiones de la competencia pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, en el caso de que se produzca un perjuicio a los derechos de los terceros Estados o de sus súbditos.

Otro aspecto de la independencia es la autonomía de la competencia. Un Estado independiente no sólo actúa por sí mismo, sino que lo hace según su propia iniciativa sin aceptar las pautas que pretenda imponerle otro Estado.

La libertad de decisión (es decir la autonomía), constituye el aspecto positivo de la independencia. Implica una competencia discrecional; una facultad para apreciar la oportunidad de las decisiones que han de tomarse.¹³ La noción de competencia discrecional se reconoce como competencia exclusiva (según los términos del art. 15, apart. 8º del Pacto de la Sociedad de Naciones); o de competencia a secas para restringir las obligaciones de los Estados, respecto a la solución pacífica de los conflictos internacionales.

El derecho a la no intervención y la Doctrina Monroe

Doctrina Monroe: El principio de no-intervención, es una conse-

¹² Véase Nº 48. También ocurre que el jefe de Estado ejecuta un acto constitucional en el extranjero por encontrarse allí por casualidad, por ejemplo de veraneo o visita oficial.

¹³ Con esta materia queda vinculada la cuestión de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, concretamente el problema de saber si ella abarca únicamente los actos de autoridad, o también los actos de gestión. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República Argentina, puede demandarse ante una corte argentina a un gobierno extranjero, pero únicamente con el consentimiento del mismo. Ruiz Moreno deduce tal doctrina jurisprudencial (que abarca además dos o tres normas, véase 1970, p. 97) de una serie de casos: *Aguila*, t. 47, p. 248; *Zubiaurre contra el Gobierno de Bolivia*, t. 79, p. 124. *Ministerio de Marina Mercante de los EE.UU. contra Dodero Hermanos*, t. 141, p. 129, *Baina y Bessalino contra el Gobierno del Paraguay*, t. 123, p. 58. *Fisco Nacional contra Rodolfo Mona Cazón*, I. 125, p. 40, *Towsand contra Oficina del Departamento Comercial del Canadá*, L 215, p. 253; *Soska contra la Embajada del Ecuador*, L 221, p. 171.

cuencia inherente a la soberanía propia de los Estados. Sin embargo hasta el establecimiento de la política del equilibrio en el siglo XIX, la intervención era el modo de imposición de uno o más Estados sobre otro. Por lo tanto, no tenía nada de extraño que la Europa de la Santa Alianza fuese intervencionista y que intentara recuperar las colonias americanas para sus antiguas metrópolis teniendo en cuenta que el proceso de independencia no estaba del todo finiquitado. Por otra parte, hacia 1823, los avances territoriales de Rusia en el continente americano a través de Alaska, se hicieron cada vez mas frecuentes, evidenciando su pretensión de avanzar hasta la costa de California. Por estas razones el Presidente James Monroe de los EE.UU., en un mensaje dirigido al Congreso de los EE.UU. el 2 de diciembre de ese mismo año, proclamó tres principios de política internacional que se conocen con el nombre de Doctrina Monroe. Estos principios son: 1) el de no-colonización; 2) el de no-intervención europea; 3) la no-injerencia en los asuntos europeos. El primero de ellos, interesaba en forma directa a los EE.UU. por la determinación de sus límites con Rusia en Alaska. Fue proclamado como un principio en el que están envueltos los derechos e intereses de los EE.UU., por el cual el continente americano, no puede considerarse como sujeto a futura colonización por cualquier potencia europea.

En cuanto al carácter jurídico de la Doctrina Monroe, debe tenerse en cuenta que es una declaración unilateral, que por su fundamentación ha pasado a ser principio del d.i.. Algunos internacionalistas limitan el ámbito de vigencia al continente americano.¹⁴

¹⁴ Aplicaciones de la doctrina Monroe: Algunas potencias europeas reconocieron la Doctrina Monroe como por ejemplo: Alemania e Italia, cuando bloquearon a Venezuela, se dirigieron previamente al gobierno de EE.UU. para notificarle la medida; y Francia con relación al incidente de los cables franceses en México. Pero no sirvió para evitar que Gran Bretaña ocupara las Islas Malvinas; Gran Bretaña y Francia bloquearon el Río de la Plata; España ocupó las Islas Cinchas; Francia estableció una Monarquía en México. En cuanto a la aplicación de la doctrina a situaciones relacionadas con el territorio de la República Argentina, la actitud norteamericana siempre fue negativa. En la cuestión de las Islas Malvinas. EE.UU. no sólo no se opuso a la ocupación inglesa, sino que hizo la defensa de los derechos que invocó Gran Bretaña, e incurrió el propio EE.UU. en violación de nuestra soberanía a raíz del incidente del buque de guerra Lexington. Durante el intercambio de notas que se suscitó, el secretario de Estado, Mr. Bayard, sentó que la doctrina Monroe no se aplica a la competencia territorial basada en un título anterior a su proclamación, a lo que el presidente argentino Dr. Quintana contestó que Gran

Los tres principios enunciados en la Doctrina tuvieron un alcance y una evolución que es interesante señalar, El principio de descolonización tuvo una doble limitación:

1) en el espacio: puesto que no se aplicaba a otros estados americanos, los que podían adquirir territorios en otras partes del continente fuera de sus límites, y

2) en el tiempo: ya que la prohibición está dirigida al futuro y no tiene efectos retroactivos.

Por aplicación de este principio se negó toda posibilidad de adquisición territorial en América por parte de potencias europeas y no europeas (Doctrina Lodge contra las pretensiones japonesas en California y México). También se negó la transferencia de colonias ya existentes (Antillas francesas a Alemania, en 1940). A consecuencia de este episodio se firmó el Convenio de La Habana del mismo año sobre "Administración Provisional de las Colonias Europeas en América".

El principio de no-intervención tuvo también un alcance exclusivamente continental. En virtud del mismo EE.UU. se opondría a cualquier tentativa de intervención de las potencias europeas en América, con la intención de extender su sistema político o atentar contra la independencia de los estados americanos. Sin embargo, pese a que en los primeros tiempos la tendencia del gobierno norteamericano fue la de la aplicación estricta del principio, al poco tiempo comenzó a variar esta tendencia hasta convertirse en un verdadero monopolio del poder de intervención ejercido en todo el continente, a favor de los EE.UU. La anexión de Puerto Rico, y las intervenciones en Cuba (Enmienda Platt) y Panamá (Tratado Hay-Bunau-Varilla sobre el Canal) son una muestra elocuente de este giro que llegó a su máxima expresión con la Doctrina del Destino Manifiesto del Secretario de Estado Elihu Root (1912). Dos modalidades que adquirieron las intervenciones americanas en el continente fueron: "las intervenciones de policía", aplicación de la política del *big stick* (garrote), de Theodoro Roosevelt, y las "intervenciones financieras", aplicación a su vez de la "diplomacia del dólar" llevada a cabo por el presidente Taft en Centroamérica.

En cuanto al principio de aislamiento, su enunciación puso de manifiesto el predominio de la tendencia "Washington-Jefferson" en la

Bretaña jamás ha ejercido soberanía alguna en la Isla del Este o Soledad, y que por lo tanto, la ocupación de 1833 se trataba de un establecimiento nuevo que Gran Bretaña no tenía anteriormente.

política norteamericana de entonces, pero varios hechos fundamentales demostraron la noviolabilidad del principio. Se trata de la participación de los EE.UU. en las grandes conferencias y tratados internacionales (por ejemplo Conf. de Berlín de 1885 - Conf. de La Haya de 1899 y 1907, etc.). Su participación en la Primera y Segunda Guerra Mundial; la firma de los tratados de paz, así como del Pacto de la SDN y de la Carta de la ONU, su colaboración en la reconstrucción de Europa, etc. En 1947, este principio fue definitivamente desplazado por la Doctrina Truman: "Ayudar a los pueblos libres equivale a salvaguardar la seguridad de los EE.UU." enunciada para ayudar a Grecia y Turquía.

El Estado no tiene derecho de inmiscuirse en los asuntos internos de los demás ni de extralimitarse fuera de su propia zona de competencia. Una extralimitación de esta índole, violatoria de la autonomía de otro Estado, se llama intervención. Si un Estado se inmiscuye en los asuntos internos o externos de otro para exigir la ejecución o la no-ejecución de un hecho determinado, procurando imponer su voluntad y bajo cierta presión para hacerla prevalecer, comete el delito de intervención.

Fue ampliamente discutida en el orden internacional la existencia o no, de un derecho de intervención, enfrentándose al respecto dos concepciones totalmente opuestas. En Europa el principio de intervención existió a comienzos del siglo XIX, pero hacia 1850 surgió el de no intervención.¹⁵

28. Derecho a la autonomía constituyente

Según hemos mencionado, la doctrina por lo general no jerarquiza

¹⁵ La intervención es muy controvertida en la doctrina, donde no hay unanimidad en cuanto a la extensión de este concepto y tanto menos en cuanto a su encauzamiento normativo; por ejemplo, para Rousseau, las intervenciones son lícitas o ilícitas. Es lícita cuando el Estado actúa en virtud de un derecho propio, ello ocurre a) siempre que se pueda invocar un tratado especial o una norma abstracta b) cuando existe una petición formal de intervención por parte de un gobierno legal; c), cuando el Estado puede invocar un interés legítimo, tal como la protección de sus nacionales o de sus bienes, a condición, claro está, de que la intervención no sea desproporcionada a su causa originaria, porque entonces se convertiría en abusiva, y d), en ciertas hipótesis en las que el Estado actúa en beneficio del interés general de la comunidad internacional. Sería difícil admitir la licitud del tratado de 1903 que autorizó a los EE.UU. una permanente intervención en Cuba, o de las intervenciones financieras.

debidamente las distintas facultades que se deducen del derecho a la independencia, entre las cuales puede considerarse como un *mínimum* la autonomía constituyente o sea la facultad de elegir libremente la organización interna del Estado, política, económica y social, e instituir sus autoridades nacionales.

La competencia constituyente es la mínima expresión del derecho de los Estados a la independencia, lo que resultó bastante problemático en el sistema bipolar.¹⁶

Más que una necesidad *a priori*, la ilimitada competencia constituyente puede considerarse como una contingencia histórica, que reiteradamente careció de aplicación, por ejemplo en la época de la Revolución Francesa y en la de la restauración, así como en la de la Revolución Rusa y en la intervención aliada antibolchevique.¹⁷

Los hechos de esta índole se consideraban como intervenciones ilícitas, que no ponían en tela de juicio la vigencia de la autonomía constituyente. Pueden señalarse ciertos factores que probablemente han contribuido a la implantación ilimitada de esta competencia y que son típicos del sistema de equilibrio: a) desde el punto de vista *doctrinal* es una norma que prescinde de toda determinación del contenido y por lo tanto parece no estar de acuerdo con la orientación propia del voluntarismo; b) desde el punto de vista *histórico*, quizás podría dividirse allí una tregua entre un legitimismo intransigente y un exclu-

¹⁶ Este tema fue estudiado por Halajczuk en su trabajo "El ordenamiento regional de Europa Oriental según la doctrina Brezhnev", donde se refiere a la suspensión de Cuba en sus derechos de miembro de la OEA en 1962, la intervención en Checoslovaquia en 1968, y el caso dominicano de 1965. 1970, 71, N° 1, ps. 173-193.

¹⁷ En América apenas era compatible con ella la doctrina Tobar, que fue elevada a derecho positivo por el tratado de Washington de 1907, y según la cual se negaba el reconocimiento a un gobierno de facto mientras no fuera consolidado por elecciones populares. Cabe recordar una consecuencia de aquel tratado: al producirse la revolución de México de 1911, que duró cerca de diez años, en cuyo lapso no pudieron realizarse elecciones, el presidente norteamericano Wilson, hombre fuerte en la conferencia de Versalles, negó su reconocimiento a México e impuso a los demás estados su no-admisión en la Liga de las Naciones. De tal modo, prácticamente, se le negaba la facultad de cambiar por vía revolucionaria, su régimen interno implantado bajo la prolongada dictadura de Porfirio Díaz. Esta materia será examinada más detenidamente dentro del contexto del reconocimiento de los gobiernos de hecho (N° 43).

sivo y agresivo republicanismo, que hasta la mitad del siglo XIX chocaron violentamente (desde la Revolución Francesa de 1779 hasta la de 1848), pero a partir de entonces tales tendencias perdieron su agresividad.

Sin embargo la competencia constituyente ha sido eliminada del campo regido por el d.i., no por su poca importancia sino simplemente para evitar conflictos internacionales de orígenes internos (que amenazaban la paz internacional desde la guerra española hasta la vietnamita). En la última fase del sistema de equilibrio (1900-1914), los regímenes no democráticos quedaban reducidos, en Europa, a dos estados: Rusia y Turquía, de modo que el autoritarismo no parecía amenazar a la democracia en su avance triunfal. Desgraciadamente este optimismo se mostró exagerado a la luz de la experiencia europea entre las dos guerras mundiales.

La perspectiva latinoamericana presenta aquí cierto interés. Si dividimos en dos el siglo y 3/4 de existencia libre de América española, veremos que al principio la democracia hispanoamericana estaba gravemente amenazada por el absolutismo europeo, pero aquel peligro se eclipsó paulatinamente en el transcurso del primer medio siglo.¹⁸ Durante los cien años siguientes, hasta la formación de la cabecera de puente comunista de Cuba, sólo existió para la democracia latinoamericana el peligro golpista, al que sin embargo faltaban elementos internacionales, ya ideológicos, doctrinales o de organización técnica. Sin embargo no puede acusarse de indiferencia valorativa al tradicional no-intervencionismo latinoamericano, según demuestra Mario Amadeo:¹⁹ ¿Qué defendían los hispanoamericanos que afirmaban el derecho a la libre determinación de nuestros pueblos (contra las pretensiones intervencionistas y especialmente contra la *big stick policy* en los años 1915, 1928 y 1942)? Más que una fórmula abstracta, defendían las esencias espirituales que bajo esta fórmula subyacían. Con el signo de la no intervención como norma práctica de convivencia defendían el ser de nuestros pueblos, su libertad e independencia, sus creencias religiosas, sus viejas y venerables tradiciones, su idiosincrasia nacional.

De las intervenciones individuales se distingue en cierta medida la aceptación de un determinado régimen en ciertas organizaciones

¹⁸ Lo que señala Alberdi, en *El crimen de la guerra*.

¹⁹ Amadeo, 1965, Revista "Instituta", Nro. 1, p. 39.

regionales y las subsiguientes medidas que toman las organizaciones de esta índole para imponer la observación del respectivo régimen por sus estados miembros. Concretamente, en la práctica internacional actual, la facultad constituyente fue denegada expresamente dos veces: por la OEA a Cuba y por la Organización del Tratado de Varsovia a Checoslovaquia. Además se había planteado ante el Consejo de Europa la observancia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en Grecia, bajo el régimen militar.

A fines de diciembre de 1961 Fidel Castro pronunció el discurso en el cual identificó expresamente su régimen con el marxismo leninismo. En consecuencia fue convocada la Octava Reunión de Consulta de Cancilleres de OEA, que tomó el 31 de enero de 1962 su conocida decisión de suspender al gobierno cubano en los derechos de Estado miembro de la OEA por la incompatibilidad de ese régimen con el sistema americano. Esta medida fue aplicada a Cuba por una doble infracción de naturaleza interna y externa, la eliminación de un orden interno obligatorio, la democracia y la deserción hacia el campo enemigo o sea al marxismo.

La Octava Reunión de Consulta de los Cancilleres de la OEA resolvió:²⁰

“1) Que la adhesión de cualquier miembro de la OEA al marxismo-leninismo es incompatible con el sistema americano y el alineamiento de tal gobierno con el bloque comunista quebranta la unidad y solidaridad del hemisferio.

“2) Que el gobierno de Cuba, que oficialmente se ha identificado como un gobierno marxista-leninista, es incompatible con los principios y propósitos del sistema interamericano.

“3) Que esta incompatibilidad excluye al gobierno de Cuba de su participación en el sistema interamericano”.

A principios del año 1968, llegaron al poder en Checoslovaquia elementos comunistas moderados que, sin abandonar el régimen vigente (de partido único) lo liberalizaron en cierta medida, admitiendo la libertad de prensa y especialmente la crítica al tipo de socialismo que se desarrolló en la URSS y se impuso en otros miembros de la Organización del Tratado de Varsovia, el régimen que proporciona evidentes privilegios a la “nueva clase” de burocracia del partido. La

²⁰ García Amador, 1966, p. 208. Actualmente se manifiestan tendencias en algunos estados latinoamericanos a la revisión de esta resolución.

organización exigía la anulación de las mencionadas reformas y ante la respuesta evasiva de Praga, decidió la ocupación del país y la detención de los estadistas reformadores.²¹

No podemos analizar todas las analogías y diferencias entre la medida de la OEA y de la organización del tratado de Varsovia.²² Lo esencial es que las dos organizaciones regionales negaron a sus miembros la facultad de apartarse del régimen vigente (la democracia representativa en un caso; un determinado tipo del socialismo en otro), denegándoles de tal modo la facultad constituyente.²³ Sin embargo la sanción fue completamente distinta en los dos casos. En la OEA en 1962 fue compatible con la Carta de la ONU (suspensión como miembro de una organización regional); en Checoslovaquia en 1968 fue incompatible (uso de la fuerza).

29. Derecho a la soberanía sobre los recursos naturales

Además de los derechos fundamentales de los estados, este problema atañe también a la responsabilidad internacional de los estados por sus órganos legislativos en el caso de que ellos nacionalicen o expropien industrias que pertenezcan al capital extranjero. Este problema se planteó en 1917,²⁴ cuando la Rusia gobernada por los *soviets* nacionalizó todas las inversiones extranjeras y se replanteó 20 años más tarde, con la nacionalización de la industria petrolera mexicana. Recién se encontró una solución normativa de estos problemas en el plano del d.i. positivo en 1966.²⁵

²¹ Esta medida fue fundamentada por la llamada "Doctrina Brezhnev": (Editorial en *Pravda*, órgano oficial del Partido Comunista de la URSS de 26 91968). La soberanía de cada país socialista no puede contraponerse a los intereses del socialismo mundial, del movimiento revolucionario mundial... Cada partido comunista es libre de aplicar los principio fundamentales del marxismo-leninismo, pero no puede apartarse de ellos". En realidad Checoslovaquia no se apartó de estos principios sino del antes mencionado tipo de socialismo desarrollado en la URSS.

²² Lo hace Halajczuk, en el citado artículo de 1970, v. 11/1.

²³ Volveremos al caso checoslovaco, para enfocarlo también a la luz del derecho de los pueblos a la autodeterminación.

²⁴ Véase N° 34.

²⁵ La producción minera, como cualquier otra, necesita tres factores: el natural (o sea la riqueza natural), el humano y el capital. A los países de escaso desarrollo económico les falta este tercer elemento; por lo tanto sus industrias han sido

Hasta entonces los países importadores de capitales se defendían oponiéndose a la interpretación abusiva de la institución de la responsabilidad internacional.²⁶ Prácticamente, sólo en América Latina el pensamiento jurídico era suficientemente adelantado como para encarar tal tarea y especialmente en la Argentina. Calvo y Drago son los primeros internacionalistas cuyas doctrinas pusieron freno a los abusos que cometía el capitalismo internacional.

Doctrina Drago: El presidente Theodore Roosevelt había declarado en 1901 que los Estados Unidos no obstaculizarían la acción coercitiva de que era objeto Venezuela, y que sólo se oponían, de antemano, a una de las posibles consecuencias de aquella acción: la adquisición territorial. La República Argentina le opuso una concepción diferente en la nota dirigida a Washington, el 29-12-1902, por el ministro argentino de Relaciones Exteriores, Luis M. Drago; en ella se funda, la doctrina que lleva su nombre.²⁷

La nota de Drago repudia el empleo de la fuerza para constreñir a un Estado extranjero a cumplir sus compromisos y especialmente a abonar los atrasos pendientes de pago de su deuda pública. El empleo de la fuerza para obligar a un Estado a normalizar el pago de su deuda, es contrario a los principios del derecho internacional. Esta doctrina se convirtió en pocos años y con ligeras modificaciones en universal.

fundadas en su mayoría por el capital extranjero. Tal es el caso de numerosos países de Asia y Africa, que hasta la mitad del siglo XX se hallaban bajo la dominación colonial o el protectorado de potencias europeas. También es el caso de las repúblicas latinoamericanas.

Los países islámicos que conservaban su independencia (Turquía, Egipto, Túnez y Marruecos (los tres últimos hasta que fueron sometidos a protectorado), como también dos europeos: Servia y Bulgaria, satisfacían la necesidad de capitales por otro medio: contratando empréstitos en el extranjero; a esto también recurrían algunos estados latinoamericanos. Como no podían cumplir con las obligaciones financieras, las potencias acreedoras tomaban bajo su fiscalización sus finanzas o por lo menos algunas fuentes de sus ingresos, sobre todo las aduanas. En algunos casos ejercían esta curatela los acreedores particulares y en otros sus respectivos gobiernos, actuando conjunta o separadamente. Por un motivo análogo, Venezuela se expuso a represalias armadas, que realizaron buques de guerra de Gran Bretaña, Alemania e Italia en 1902.

²⁶ Véase N° 70 A.

²⁷ Principales referencias sobre la doctrina Drago: J. Villaronga-Charriez, 1944; Podestá Costa, 1952; A. Alvarez, 1909; Antokoletz, 1944, t. 2, par. 173; H. Accioly, 1956, t. 1, pár. 3884 y sig.; Moore, Digest, t. 6, p. 592; Strupp, 1995, ps. 5-123.

Washington dio una respuesta evasiva y no se adhirió a la doctrina Drago. El secretario de Estado, Hay, no expresaba ni asentimiento ni disentimiento a las concepciones argentinas, limitándose a los mensajes anteriores del presidente Theodore Roosevelt. Pero la cuestión teórica planteada por Drago dio origen a una amplia investigación practicada durante los años siguientes bajo los auspicios del Instituto del Derecho Internacional. Drago personalmente expuso y sostuvo su tesis de 1902 ante la Segunda Conferencia de la Paz reunida en La Haya en 1907. Ella fue adoptada gracias al apoyo de la delegación de los Estados Unidos, presidida por el general Porter; de ahí el nombre de Convenio Porter con que habitualmente se conoce el II Convenio del 18-10-1907, relativo a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas contractuales. En lugar de prohibir terminantemente como proponía Drago el empleo de la fuerza, se adoptó una prohibición tan sólo relativa, pues se admite el empleo de la fuerza cuando el Estado deudor no acepta el arbitraje, o cuando habiéndolo aceptado previamente no ejecuta la sentencia arbitral.

Los estados asiáticos y africanos, que surgieron como consecuencia de la descolonización, adoptaron la doctrina de Calvo y la de Drago. Pero ya no se limitaron a la defensa contra la responsabilidad, sino que pasaron a la ofensiva reclamando la soberanía sobre sus recursos naturales.

En materia de responsabilidad internacional se enfrentan dos doctrinas: la de *minimum standard* y la de "trato igual" al de los nacionales en caso de expropiación de propiedades extranjeras. Esta controversia se destaca en las notas intercambiadas por México y los Estados Unidos con motivo de la expropiación de las empresas petroleras norteamericanas.²⁸ Según la opinión mexicana en casos de nacionalización, los extranjeros no tienen derecho a reclamar mejor trato que los nacionales. Esta tesis compartieron naciones importadoras de capital de Asia, Africa y América Latina.

La del *minimum standard* que esgrimían los Estados Unidos sirve a la defensa de intereses de casi todas las naciones industrialmente desarrolladas. En 1930, antes de la emancipación de los actuales estados africanos y asiáticos, se celebró en La Haya la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional. Todas las naciones latinoamericanas, cuatro asiáticas y africanas y cinco de Europa Central

²⁸ Hackworth: Digest, t 3, ps. 655-665.

y Oriental se pronunciaron plenamente por la Doctrina de la igualdad de trato.

Hoy en día, la tesis latinoamericana cuenta con el respaldo de los estados africanos y asiáticos. El Comité Jurídico Consultivo Asiático-Africano adoptó indirectamente el principio de la doctrina Calvo, estableciendo las bases de un convenio que determina el pago de bienes extranjeros expropiados de conformidad con las leyes, normas y disposiciones locales. La tesis de que la forma y los términos de las indemnizaciones en caso de expropiación por causa de interés nacional no pertenecen al d.i. sino al nacional ha sido defendida enérgicamente por los representantes de ese mismo grupo de naciones, tanto en los debates de las Naciones Unidas como en otros foros.²⁹

Como consecuencia de la descolonización, aparecen numerosos estados subdesarrollados que aspiran a la independencia económica, condición de la política y concretamente, al control nacional sobre sus recursos naturales. La Asamblea General de la ONU estableció en 1958 una Comisión de la Soberanía permanente sobre los recursos naturales.

Por su parte, la Secretaria General de las Naciones Unidas realizó una investigación amplia y comparativa de las condiciones que rigen el otorgamiento de concesiones económicas a los extranjeros, el ingreso de capital extranjero, las disposiciones legislativas y administrativas, las expropiaciones y otras cuestiones referentes al control del capital extranjero invertido en la explotación de los recursos naturales de los países en vías de desarrollo. Una serie de debates en la Asamblea General sobre este tema terminaron en 1962 con la adopción de una resolución relativa a la "soberanía permanente sobre los recursos naturales", que afirmó el derecho inherente a cada Estado de disponer libremente de sus recursos y riquezas naturales. También reconoce que en casos de nacionalización, expropiación o requisición, deberá pagarse al propietario una indemnización de acuerdo con las normas vigentes en el Estado que dicte tales medidas, en el ejercicio de su soberanía y de conformidad con el derecho internacional. Agrega que los acuerdos firmados libremente por o entre estados soberanos relativos a las inversiones extranjeras, deberán observarse de buena fe. Constituye, en cuanto al problema de la compensación y a la observancia de los convenios de los estados con los capitalistas extranjeros, una transac-

²⁹ Lissitzyn, 1965, ps. 5-85; J. N. Hyde, 1956, p. 854; G. White 1961; C. H. Hackwort, 1930; J. Castañeda, 1961, S. N. Guha Roy, 1961; K. N. Gess, 1961.

ción entre la posición de los estados occidentales y la de los estados importadores de capital.³⁰

La conciliación de dos valores objetivos —dimensión axiológica— después de la descolonización, los estados en vías de desarrollo tuvieron en sus manos la mayoría de votos en la Asamblea General de las Naciones Unidas —dimensión histórico-sociológica—. Ha encontrado, por un lado, una solución normativa en el primer artículo (de idéntico tenor) de los dos Pactos Internacionales de los Derechos Humanos (los civiles y políticos y, por otro lado, los económicos, sociales y culturales, aprobados definitivamente en 1966): “Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación... Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional, basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.³¹

En la década de los años 60-70 se replantearon los *problemas derivados de la nacionalización o expropiación* de las explotaciones de los recursos naturales por empresas extranjeras en América Latina. La crisis se produjo con la promulgación de la ley de nacionalización del petróleo peruano, a fines de 1969, medida tomada por el gobierno revolucionario peruano del general Velasco Alvarado. No se hizo esperar la respuesta norteamericana quien inmediatamente alegó los fundamentos jurídicos que le proporcionaba la enmienda Hickenlooper.

Los mismos problemas se habían dado en Bolivia con la expropiación de los yacimientos petroleros y en Chile con el cobre.³²

³⁰ Gobernantes asiáticos y africanos aprovecharon el apoyo del bloque soviético para lograr el reconocimiento de la soberanía nacional sobre sus recursos naturales, pero no se dejaron arrastrar a un radicalismo irresponsable, conscientes de que no pueden desafiar a las naciones económicamente adelantadas, cuya colaboración necesitan precisamente para la explotación de estos recursos (W. Friedmann, 1967, ps. 283-284).

³¹ Cabe agregar que el mencionado artículo fue aprobado por la AG en 1955, después de prolongados debates en la Tercera Comisión de la AG. El 2º párrafo del artículo 1º (que acabamos de citar) fue aprobado por 25 votos, incluso el argentino, contra 18 países económicamente adelantados, además de Brasil, Liberia, Turquía, Líbano y China.

³² La amenaza de disminuir la ayuda a Latinoamérica y a los países en vías de desarrollo en general, se hizo sentir en las declaraciones del subsecretario del Tesoro, Mr. Walker, ante el Congreso norteamericano, al advertirles que “pensarán dos veces antes de expropiar compañías norteamericanas”.

No sólo en nuestro continente fue tan candente el tema del petróleo y demás recursos naturales, sino también en otros lugares del mundo. Esta inquietud se advirtió en la conferencia extraordinaria celebrada por la Organización de los Países Exportadores de Petróleo (OPEP) en Viena, durante el mes de julio de 1971, donde se planteó el aumento de la participación nacional, hasta llegar en un plazo de 20 ó 30 años a la eliminación de las compañías extranjeras. También se consideró la coordinación conjunta de la producción petrolera para impedir la caída de los precios, particularmente en los tres grandes importadores: Europa Occidental, EE.UU. y Japón. El giro de la economía internacional a partir de los años ochenta tornó ilusorias esas pretensiones.³³

En lo que hace al derecho de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, la ONU organizó un comité de recursos naturales y un grupo especial de técnicos para efectuar estudios destinados a ayudar a los países miembros a hacer efectivo el ejercicio de este derecho, máxime cuando el mismo depende de asistencia técnica. Con este fin se creó un fondo rotatorio de la ONU, para la explotación de los recursos naturales, con carácter de fondo fiduciario.

Este *derecho de la soberanía sobre los recursos naturales*, ha dado lugar a una serie de nacionalizaciones de compañías que gozaban de concesiones de explotación de tales recursos en algunos países pertenecientes al grupo de los no alineados.³⁴

³³ La política de mano dura norteamericana se hizo sentir en los créditos otorgados por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, referente a los países que nacionalizaron bienes norteamericanos. Los casos concretos fueron Bolivia, Guyana, Perú, Chile y Venezuela.

Parecía que en el plano axiológico de la política de la Casa Blanca, al valor económico de los particulares (las empresas petroleras) queda subordinado el valor ideológico. También tuvo en suerte su propia seguridad, es decir la necesidad de mantener a Latinoamérica en la alineación occidental.

³⁴ Anteriormente nos hemos referido a las nacionalizaciones chilenas. Esta medida le acarreó serias dificultades a Chile, para la venta internacional del cobre. Las negociaciones entre Chile y EE.UU. para solucionar este problema, se entablaron en diciembre de 1972, sin llegar a ningún resultado, y se reanudaron con la Junta Militar que presidió el general Pinochet, después de la Revolución de septiembre de 1973.

En cuanto al petróleo, el conflicto de las nacionalizaciones se extendió desde Perú, con la expropiación del complejo de Talara, el 9 de octubre de 1968, que explotaba la internacional Petroleum Co. pasando por Venezuela, hasta Ecuador, que nacionalizó las compañías norteamericana Texaco-Gulf en 1973, negándose a pagar indemnizaciones.

En Medio Oriente, el consorcio internacional que explotaba el petróleo iranio,

30. Derecho a la autodeterminación

En el d.i. además de los derechos de los *estados*, se reclama también un derecho de los *pueblos*: el derecho a la autodeterminación.

Una opinión común atribuye este mérito a la “Declaración de los derechos de Rusia” de diciembre de 1917, que por iniciativa de Lenin otorgaba a todos los pueblos del antiguo imperio “el derecho de libre determinación, incluso el de separación”. Sin embargo era un acto meramente declaratorio, expresión de una generosidad gratuita. En aquel entonces Finlandia y Ucrania ya se habían emancipado, Polonia y los Países Bálticos se hallaban bajo la ocupación alemana, de modo que no podían gozar de los beneficios de la declaración

Tampoco puede exagerarse la trascendencia del programa wilsoniano en el que también se proclama este derecho.

Ruyssen³⁵ quita al derecho de autodeterminación el carácter positivo (“no pertenece al derecho positivo hoy en día y tampoco pertenecía ayer”) e, inclusive, toda la influencia sobre el orden internacional de aquel entonces. “El derecho a la autodeterminación de los pueblos” proclamado por Wilson, dice, influyó parcialmente en la redacción de los tratados de paz; pero su influencia terminó con la firma de dichos tratados. Hubo sin embargo cierto reflejo del principio de la autodeterminación dentro del marco de la SDN, con los mandatos internacionales para la protección internacional de las minorías.

La protección de las minorías bajo los auspicios de la SDN cabe más bien dentro del concepto de protección de los derechos del hombre que en la autodeterminación de los pueblos. Las disposiciones sobre la protección de las minorías trataban a éstas como objetos y no como sujetos del d.i. Los Estados de Europa Centro-Oriental se comprometieron a la observancia de los derechos minoritarios, pero respecto a las grandes potencias y no a las propias minorías (lo que repercutió en el procedimiento de la recepción de las quejas). La minoría figuraba, por lo tanto, como el objeto pasivo de la protección, así como por ejemplo el animal en el derecho penal interno.³⁶

la Western Oil Consortium, entregó, en 1974 todas sus instalaciones al gobierno del Sha. La OPEP (organización de países productores de petróleo), brindó un efectivo apoyo a sus países miembros en el proceso de nacionalización de yacimientos.

³⁵ Ruyssen, ps. 85-9.

³⁶ Esta opinión ha sido comprobada por algunos internacionalistas alemanes, especializados en esta materia; Halajczuk los cita en 1963, t. 109.

Seria difícil buscar los elementos del derecho de autodeterminación en convenciones minoritarias que ni siquiera otorgaban el derecho a la autoconservación.

Además el pacto de la SDN contenía una estipulación expresa dirigida contra el fomento de las tendencias separatistas. El art. 10 del pacto prohibía a los estados las intervenciones armadas con objeto de apoyar a una minoría. Puede decirse sin exageración, que la SDN, como su antepasado la Santa Alianza, no es camino abierto para las aspiraciones nacionales sino más bien el medio para la estabilización de un nuevo orden publico creado por los tratados.

En 1948, el derecho de autodeterminación no fue incorporado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, a pesar de la proposición soviética. Pero posteriormente fue reconocido por motivo de una serie de declaraciones de la Asamblea General de la ONU, y cobró validez normativa por su incorporación en el art. 1º de los dos Pactos de derechos civiles y políticos y de los económicos, sociales y culturales.³⁷

En el concepto de la autodeterminación cabe distinguir dos aspectos:

1) Los aspectos referidos a su *contenido* que comprende sólo la emancipación política. Se distingue por su carácter categórico: no “incluye la separación” (declaración soviética) ni tampoco una “satisfacción de aspiraciones nacionales, que no introduzca ni perpetúe segmentos de discordia o antagonismo” (programa de Wilson), sino una

³⁷ Por otra parte, una serie de declaraciones de la Asamblea General y algunos convenios protegen a los grupos raciales étnicos, lingüísticos, religiosos, etc., contra la discriminación racial. A primera vista se trata tan sólo de la protección del individuo, para que goce de completa igualdad con los demás ciudadanos, a pesar de tal o cual rasgo distinto. Sin embargo puede distinguirse aquí también cierta protección de la identidad cultural de grupos étnicos, lingüísticos y también contra la desnacionalización. Estos dos objetivos aparecen en distintos convenios. Por ejemplo el Convenio sobre la discriminación en materia del empleo y ocupación, no tiene por objeto otra cosa que la protección de la igualdad de oportunidades a pesar del color de la piel. La Convención contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, prosigue también la misma finalidad: la prohibición de mantener ciertos grupos en un bajo nivel cultural. Está dirigida directamente contra el *apartheid* sudafricano. Además protege a los grupos lingüísticos contra la desnacionalización. En el primer caso el objeto de la protección es el individuo, su derecho a la igualdad; en el segundo el grupo lingüístico, su derecho a la conservación de su individualidad cultural; por lo tanto, tiene cierto vínculo con el derecho de autodeterminación.

independencia pura y simple. De acuerdo al art. 1º, apartado 1 de los Pactos de derechos humanos: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".

Recién el 2º párrafo del mismo artículo introduce una norma inédita: "Para el logro de estos fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales...".

2) Sin embargo, paralelamente al alcance obtenido por el derecho de autodeterminación, *se restringe el ámbito de su aplicación*.

"Está claramente dirigido, subraya Lissitzyn, contra los remanentes del colonialismo occidental... No fue aceptada la idea de que la autodeterminación significa el derecho de secesión para todo grupo disconforme, con minorías étnicas, como los kurdos en algunos países de Medio Oriente. Podría romper la unidad y constituir una amenaza para algunos estados recién emancipados".

No han aprovechado este derecho de autodeterminación, los pueblos de Europa Occidental como los vascos, catalanes, tirolenses del sur. Y sobre todo surgieron graves tensiones étnicas en los nuevos estados africanos que desembocaron en la tragedia biafrana y en las actuales de Ruanda, Burundi, Etiopía, Eritrea y Somalía.

Por otro lado se consideró un mero asunto interno de Nigeria la sangrienta represión de la emancipación de Biafra (guerra de mayo de 1967 a enero de 1970); o el exterminio de los negros, cristianos y paganos, que habitan el sur del Sudán; o la represión cruel de intentos secesionistas de otros pueblos que no gozan de la privilegiada condición de pueblos coloniales". Este criterio cambió a partir de los años 90, en que la ONU decidió intervenir recurriendo al uso de la fuerza para proteger operaciones humanitarias cuando tienen que realizarse en condiciones caóticas y anárquicas.³⁸

³⁸ Sáenz de Santa María, "Naciones Unidas y el arreglo pacífico de las controversias", en "Las NU y el Derecho Internacional", Ed. Ariel, Barcelona, 1997. El cambio de enfoque señalado por el Secretario General Boutros Ghali en "Un programa de Paz", NU, 1995 fue consecuencia de la superación del sistema tripolar. Véase Halajczuk, 1970, V. II, nº 1.

A. Evolución del principio de la libre determinación de los pueblos

El derecho de autodeterminación de los pueblos ha sido aplicado por la ONU como uno de los derechos fundamentales. Por tal razón fue incorporado en el artículo 1º de los Pactos Internacionales sobre derechos humanos.

Los primeros comentaristas de la Carta no creyeron que el principio de la libre determinación de los pueblos constituyese una norma del d.i. positivo, pensaban que sólo era un postulado político. Pero esta duda duró poco, pues la poderosa dinámica anticolonialista de la Organización y de la sociedad internacional consagró el principio de libre determinación como norma positiva de d.i., que debía recibir aplicación. Efectivamente, el 14-12-1960, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó —por ochenta y nueve votos a favor, ninguno en contra y nueve abstenciones— la resolución 1514 (XV) titulada “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y a los pueblos coloniales”, conocida también como “Carta Magna de la Descolonización”,³⁹ en la que el principio de libre determinación se configuró como *un derecho de los pueblos*.

La “Declaración de los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas” contenida en la Res. 2625 AG (XXV) formula este principio simultáneamente como un derecho de los pueblos y un deber de los Estados.⁴⁰ En el Comité Especial que la redactó se debatió la naturaleza y los alcances del principio. Las grandes potencias occidentales llegaron a admitirlo únicamente como deber de los estados. Los países del Tercer Mundo y los socialistas lo consideraron como un derecho de los pueblos. Señala Carrillo Salcedo que el primer argumento se fundaba en una interpretación clásica del d.i. que no tiene como destinatarios a los pueblos sino a los Estados, como sujetos de d.i.. La segunda postura fue más progresista y suponía considerar la cuestión a la luz de los postulados del d.i. contemporáneo. La fórmula que finalmente se adoptó fue de compromiso y presentó el

³⁹ Ver también Sección XXXI.

⁴⁰ Sobre las resoluciones de la Asamblea General de la ONU en materia de libre determinación de los pueblos ver Gros Espiell, Héctor. *El Derecho a la libre determinación de los pueblos*, Aplicación de las Resoluciones de las N.U, Nueva York, 1979, Doc. E-CN.4-Sub.2-405-Rev.1,pp.

*principio de libre determinación tanto como un derecho de los pueblos y un deber de los Estados.*⁴¹

La resolución 1514(XV) de 1960 se refirió a las situaciones coloniales, por lo que no quedaba claro que se aplicase a otros pueblos, en otras situaciones. Sin embargo la resolución 2625 (XXV) de 1970 va más lejos y se aplica no sólo a los pueblos coloniales sino también a los pueblos de cualquier Estado, e impone además la obligación de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales. Siguiendo esa tendencia, los Pactos de la Naciones Unidas sobre derechos humanos, en su art. 1º, enuncian el derecho de autodeterminación de los pueblos. Además, tanto la resolución 1514 (XV) como la 2625 (XXV) establecen una cláusula de salvaguardia en favor al respeto de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier Estado, ideas que constituyen límites claros al principio de autodeterminación. La resolución 2625 (XXV) establece un criterio de legitimidad para beneficiarse con la cláusula de salvaguardia, pero si un Estado tiene un Gobierno que no es representativo de todo el pueblo del territorio o que incurre en discriminación por raza, credo o color, no queda amparado por la cláusula de salvaguardia y la parte del pueblo no representada puede ejercer el derecho a libre determinación.

Una visión más integral de este principio la brinda Gros Espiell,⁴² para quien el derecho a la libre determinación de los pueblos comprende aspectos políticos, económicos, sociales y culturales.

En lo que respecta a los aspectos políticos, la libre determinación de un pueblo no autónomo puede presentarse:

- a) por su constitución en Estado independiente y soberano.
- b) por su libre asociación con otro Estado independiente,
- c) por su integración con otro Estado independiente.

En lo económico el principio significa que todos los pueblos pueden determinar de manera libre y soberana el sistema o régimen económico en el que han de desenvolverse. En lo social tienen derecho a escoger y determinar el sistema social que ha de regir, respetando sus tradiciones y características particulares y en lo cultural implica el derecho a recuperar, mantener y enriquecer su patrimonio cultural así como el derecho al acceso a la educación.

⁴¹ Carrillo Salcedo. J. A, Soberanía del Estado y derecho internacional, Madrid, 1976, p. 52 y sigs.

⁴² Op. cit.

La resolución 2625 (XXV) ha llevado a cabo un desarrollo progresivo del derecho internacional, a partir del cual las potencias coloniales ya no pueden oponer la excepción de jurisdicción interna, y sus títulos territoriales, válidos según el d.i. clásico, frente al derecho de los pueblos a su libre determinación. La nueva condición jurídica, distinta e independiente de los territorios no autónomos y de los pueblos coloniales frente a la potencia colonial hace que las relaciones entre uno y otro sean internacionales, y el uso de la fuerza entre ambos debe regirse por las normas pertinentes del d.i. Más aún, estas resoluciones impiden a las potencias colonialistas ejercer la fuerza en los territorios coloniales y no autónomos para prolongar la situación colonial —por el contrario—, los pueblos de dichos territorios tienen el derecho de legítima defensa y el de recibir ayuda de terceros estados, de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. Es decir que se consolidó la existencia de una normativa específica para el uso de la fuerza en las situaciones coloniales. Las naciones afroasiáticas dieron muestra de flexibilidad en cuanto a la interpretación y aplicación de este principio. Hoy ya no se puede sostener que “la libre determinación” sea solamente un postulado moral o político (Asunto de las Islas Aland, 1920),⁴³ por el contrario forma parte del d.i. general (Caso Namibia, 1971).⁴⁴

Recientemente, autores como Antonio Cassese y Yoram Dinstein, han efectuado una revisión de este principio, considerando que el derecho a la libre determinación como derecho humano colectivo ha ganado afirmación en la teoría y en la práctica, superando los límites de las situaciones coloniales a las que se aplicó por primera vez para tratar situaciones donde hay que marcar la independencia económica o al referirse a países de conformación multinacional, donde una nación puede separarse de las demás.⁴⁵

B) Otros derechos de los pueblos

En el estudio realizado por el español Pastor Ridruejo se reconoce

⁴³ Caso de las Islas Aland, 1920, opinión del Comité de Juristas.

⁴⁴ CIJ, dictamen de 21 de junio de 1971 en el asunto Namibia.

⁴⁵ Cassese, Antonio: “Self Determination Revisited”, en “El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Liber Amicorum en homenaje al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, ROU, 1994, pág. 240. Dinstein, Yoram, “Self-Determination Revisited”, en op. cit., p. 253.

a los pueblos el derecho a expresar su voluntad en cuanto esta es soporte de la soberanía, el derecho a la supervivencia del grupo, derechos económicos, y el derecho a beneficiarse del *Ius in bello* (derecho de la guerra) en casos de pueblo aún sometido a dominación colonial.

El derecho a la supervivencia como grupo social está reconocido: 1. en la Convención para la Prevención y Represión del Genocidio, adoptada por la Asamblea General el día 9 de diciembre de 1948, se refiere a actos “perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”; 2. en la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General el día 25-12-75 en donde el término discriminación abarca “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia que fundada sobre la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico tiene por fin o por efecto destruir o comprometer el reconocimiento, el goce o el ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales”.

Entre los derechos de contenido económico, el d.i. contemporáneo reconoce también “el derecho de los pueblos y de la naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales” que debe ejercerse conforme al interés del desarrollo nacional y del bienestar de la población del respectivo Estado. Ver Resolución 1803 (XVII) de la AG de la ONU del 14-12-62, sobre la soberanía permanente de los recursos naturales, pero dicha titularidad también se reconoce a los países (Resolución 2158 AG (XXI) del 25-11-66; o a los Estados, Resolución 3171 AG (XXVIII) del 17-12-73. A su vez, la Resolución 3201, (S-VI) del 1-5-74 se refiere al derecho de todos los Estados, territorios o pueblos sometidos a la ocupación extranjera, a la dominación foránea o colonial o al apartheid a la restitución de sus recursos naturales y a la total indemnización por la explotación, el agotamiento y el deterioro de sus recursos naturales y todos los demás recursos de esos estados, territorios y pueblos”

Finalmente, la Resolución 3281, AG (XXIX), conocida como Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, del 12-12-74 en su artículo 2 atribuye la soberanía permanente sobre los recursos naturales a los Estados.

La aceptación de este derecho implica el deber de indemnizar y la aplicación del principio del enriquecimiento injusto. En otros supuestos como en el Derecho del Mar, la titularidad de este derecho es del pueblo.

El nuevo Derecho del Mar también reconoce determinados derechos a los pueblos de un territorio que no hayan alcanzado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por la ONU, o de un territorio bajo dominación colonial. Por ej. la resolución 3ª del 3-4-1982, la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar les reconoce los derechos e intereses consagrados en la Convención. En el caso de una controversia entre Estados relativo a la soberanía sobre un territorio al que sea aplicable la resolución 3 en el que deban hacerse consultas, deberán tenerse en cuenta los intereses del pueblo del territorio de que se trate.

El *ius in bello* o derecho de la guerra es propio de los pueblos que recurren a la fuerza armada en su intento de alcanzar la libre determinación, lo que ya era reconocido por la AG en la resolución 3103 (XXVII) del 12-12-73 y la 3328 (XVIII) del 16-12-74. Los Protocolos de Ginebra de 1977 también se refieren a los pueblos. El artículo 1 inc. 4 del Protocolo I, que se aplica a los conflictos armados de carácter internacional, incluye entre tal categoría a aquellos en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación.

Inclusive se amplió el concepto de Fuerzas Armadas en el Protocolo I de 1977, comprendiendo a las formas particulares de la guerrilla que es la modalidad combativa que utilizan los movimiento de liberación nacional

El principio de la soberanía permanente del Estado sobre su riqueza, recursos naturales y actividades económicas es fundamento del Derecho a la Nacionalización de bienes extranjeros cuando dichos bienes forman parte de la riqueza, de los recursos naturales o de las actividades económicas del Estado, y desplazó el antiguo criterio por el cual en el d.i. clásico predominaba el derecho individual del propietario o titular.⁴⁶ En los años cincuenta empezó el auge de las nacionalizaciones en ejercicio del derecho de soberanía. Era la contraprestación del deber de indemnizar o compensar, de acuerdo a los criterios de "compensación justa o adecuada y también pronta y efectiva".⁴⁷ La enmienda Hickenlooper hablaba de una compensación rápida por la propiedad en divisas convertibles equivalentes al pleno valor de los

⁴⁶ Ver Carta de los Derechos y de los Deberes Económicos de los Estados de 1974 y sus antecedentes.

⁴⁷ Caso de la compañía Anglo-Irania c/Reino Unido.

bienes. A contrario sensu, la tesis del enriquecimiento injusto⁴⁸ se da en el caso en que no se abone compensación alguna al propietario de un bien nacionalizado. A su vez, el art. 2º, part. 2 letra c,⁴⁹ de la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados consagra el derecho a nacionalizar y resuelve dos temas conflictivos: los de la ley y jurisdicción aplicable; y establece que el Estado que nacionaliza determina la modalidad de la compensación (adecuada, justa, pronta, etc.). En d.i. la compensación apropiada es la que se realiza con arreglo a las normas vigentes en el Estado que adopte esas medidas en el ejercicio de su soberanía y de conformidad con el d.i.⁵⁰ Se critica a esta norma porque sólo tiene en cuenta el derecho interno y las circunstancias locales del Estado que nacionaliza.

Este cuerpo normativo que pudo aprobarse en 1974 cuando 2/3 partes del planeta adherían al socialismo, no es aplicable ante los cambios ideológicos y económicos producidos en los años 80 y 90.

En EE.UU. la ley Helms Burton sanciona a las empresas norteamericanas o de cualquier otro país del mundo (efecto internacioal de la ley federal de EE.UU.) que invierten en Cuba. La sanción se basa en que este país no indemnizó a nadie por las nacionalizaciones de capitales norteamericanos en los años 60.

Por otra parte, los Acuerdos sobre Garantías a las Inversiones Extranjeras y las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) prohíben esas medidas, reduciendo la facultad soberana de los Estados receptores a su más mínima expresión. La sanción, en caso de violación de las normas es la del país de los beneficios y las garantías creadas por la organización.

⁴⁸ De todos modos el principio que prohíbe el enriquecimiento injusto obra en ambos sentidos, tanto en favor como en contra del extranjero cuyos bienes se han nacionalizados, ya que, "si es justo al fijar la compensación preguntarse que es lo que el inversor extranjero ha traído al país, es igualmente justo preguntarse que es lo que ha sacado".

⁴⁹ "Todo Estado tiene derecho a nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopta esas medidas deberá pagar una compensación apropiada teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En el debate de la carta se demostró que el requisito de compensación adecuada o justa y pronta o efectiva no tenía valor jurídico. La palabra apropiada expresa mejor las complejas circunstancias que puedan corresponder a cada caso.

⁵⁰ De Wart "Permanent Sovereignty over Natural Resources". *Netherlands International Law Review*, 1977 pág. 313

SECCIÓN VIII

DINAMICA DEL ESTADO

31. Creación: A. *Introducción*; B. *Aspecto fáctico*; C. *Aspecto normativo*.
32. Extinción. 33. Problema de la continuidad. 34. Cambios internos. 35. Sucesión: A. *Población*; B. *Bienes y deudas*; C. *Tratados*; D. *La Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados (1978)*; E. *La Sucesión de Estados después de la desaparición del sistema bipolar*. F. *Codificación del tema la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas*.

La historia de la humanidad, en los últimos 20 años, presenta la finalización del proceso de descolonización, por haberse emancipado todos los pueblos sometidos a dominación colonial. Este fenómeno ha llevado a tornar casi innecesario el Consejo de Administración Fiduciaria, órgano de la ONU creado con esa finalidad. A consecuencia del surgimiento de los nuevos Estados fue necesario codificar las normas existentes y sistematizar el desarrollo progresivo en materia de Sucesión de Estados, tanto en cuanto a los bienes y deudas, como en materia de tratados. Por otro lado, los desmembramientos nacionales producidos por la desaparición del régimen soviético, produjeron la aparición de nuevos Estados, o el resurgimiento de viejos Estados y la agrupación, en algunos casos de estos "nuevos" Estados en nuevas asociaciones de Estados, como es el caso de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) que integran algunos de los ex países de la órbita soviética. También se analiza la sucesión del puesto ocupado por la URSS en el Consejo de Seguridad de la ONU, por parte de Rusia.

La reunificación alemana merece un estudio aparte por la trascendencia del hecho y su repercusión tanto en las relaciones políticas y económicas de la Unión Europea, como en los temas de seguridad que trata la OTAN, a la que pertenece la Alemania unificada.

Todas estas situaciones tienen que ver con la sucesión de Estados y con otros aspectos de la dinámica de los Estados.

31. Creación

A. Introducción

En la dimensión temporal, el estado comienza su existencia y puede terminarla, y entre estos dos puntos extremos a veces pasa por modificaciones de distinta índole. No hay razón de divisar un “antropomorfismo rudimentario”, como lo hace Scelle,¹ en las obras de los tratadistas que, al describir este proceso, recurren a la nomenclatura biológica: el “nacimiento” o incluso la “muerte” de un Estado. No creemos que interpretaba mejor la dinámica del estado el propio Scelle, al reducirla al denominador común de la solidaridad. Nada tenía que ver con la solidaridad, por ejemplo la debelación de las dos repúblicas sudafricanas o de Abisinia; los abisinios y aún más los bóers manifestaron una solidaridad ejemplar, al defenderse contra el invasor. Tampoco explica Kelsen de modo satisfactorio la dinámica de los estados al reducirla a la dinámica de los órdenes jurídicos. El problema de la continuidad entre el imperio austríaco y la república austríaca no se soluciona por la comprobación de que la constitución imperial carecía de normas en que podía fundamentarse la creación de la república.

B. Aspecto fáctico

Un nuevo estado puede crearse en un territorio carente hasta aquel entonces de organización estatal, constituyendo por lo tanto, una *res nullius* desde el punto de vista del d.i., o en el territorio que previamente perteneció a otros estados. El primer modo fue común en la antigüedad y luego en la época de las migraciones de los pueblos (fundación de los estados por los invasores germanos y los turcos). El último estado creado en esta forma fue Liberia, en 1849, para los ex esclavos negros de EE.UU. Tal fue también el caso de la creación de los estados bóers, aunque Sudáfrica constituía primitivamente una colonia de las Provincias Unidas Neerlandesas, de cuya dependencia los bóers se emanciparon pacíficamente. Todos los demás estados se formaron por medio de la emancipación o sea de la secesión de la madre patria (Países Bajos, EE.UU., repúblicas hispanoamericanas, Bélgica, estados balcánicos, bálticos; Polonia, estados asiáticos y africanos creados en el transcurso de la descolonización). También la emancipación simultánea

¹ Scelle, 1944, p. 97.

de varios estados puede llevar a la desmembración de un Estado (Austro-Hungría). Por otro lado un estado puede crearse por la fusión de varios estados, separados o con vínculos confederales, en un nuevo estado, unitario, como Italia; o federal, como Alemania.

Todos estos fenómenos pueden reducirse, de acuerdo a Scelle, al denominador común de la solidaridad. Es la solidaridad de un pueblo lo que lo empuja a la lucha emancipadora, al logro de la independencia (dimensión axiológica), desatando la energía física y la disposición anímica al sacrificio necesario para enfrentar, en el plano de la realidad, las fuerzas armadas del soberano anterior, a quien no lo ligaba ninguna solidaridad. O a la lucha por la unificación, contra estados dinásticos que tampoco podían fundarse en la solidaridad de los pueblos (por ejemplo imperio Austro-Hungaro). Si el espacio emancipado es muy extenso, se plantea el problema de saber si la solidaridad se consolidará en su conjunto, o en el nivel de las unidades nacionales más restringidas. Es lo que se planteó en Hispanoamérica en la primera mitad del siglo XIX y lo que actualmente enfrenta el mundo árabe. Africa negra no puede, por ahora, superar una especie de vacío: la solidaridad no se condensa ni al nivel de una organización continental (OUA), ni en el de los estados, ex colonias, carentes de toda unidad orgánica, y especialmente étnica. (Por ejemplo, hay que tener en cuenta los antagonismos en los países del centro africano o el conflicto latente entre el Congo y su vecina Ruanda, en agosto de 1998.

Algunos internacionalistas² opinan que el origen de un Estado se encuentra: 1º) en un *acto jurídico unilateral*, o sea una ley como el caso de la emancipación de los dominios británicos o de las Filipinas, 2º) en un tratado *internacional* (*tratados* que concluyeron con sus metrópolis: Irlanda, en 1921; el ex Congo Belga, en 1960; las ex colonias y los protectorados franceses, a partir de 1947); 3º) por la decisión de un órgano internacional (Israel fue creado por decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29-11-1947). Sin embargo, para algunos, Israel fue creado efectivamente el 14-5-1948 por un acto revolucionario, seguido de luchas armadas, y no por una resolución de la ONU (que dispuso también la creación de un estado palestino-árabe, nunca realizado).

Actualmente en los vaivenes de las negociaciones por la paz definitiva en Medio Oriente se replantea la creación del Estado palestino, sin resultados positivos hasta agosto de 1998.

² Rousseau, 1966, par. 369.

C. Aspecto normativo

Al pasar de la dimensión axiológica y la sociológica a la normativa, nos encontramos ante una controversia doctrinal. Según la opinión dominante, la creación de un nuevo estado es un simple hecho metajurídico, o mejor dicho, prejurídico porque la problemática jurídica se plantea recién con el reconocimiento. Únicamente la escuela de Viena: Kelsen, Verdross, Kunz, le imputa carácter jurídico, al decir que "es el d.i., el que regula el nacimiento del Estado".

Algunos internacionalistas critican esta última opinión³ y esta impugnación puede resultar aceptable o no, según el alcance concreto que se le imputa al d.i. en la creación de los nuevos estados.

Para la escuela de Viena, es el d.i. el que proporciona la definición del Estado, especificando, por consiguiente, las condiciones a que debe corresponder una nueva entidad para ser Estado; se trata particularmente de una condición que es la efectividad. Es de una importancia indiscutible el poder comprobar si la respectiva entidad es o no, un Estado, especialmente si se reduce la importancia del reconocimiento internacional, limitando su alcance al meramente declarativo.⁴

Pero esto no significa que pueda ser sometida a criterios legitimistas, como el de la llamada autodeterminación nacional, o el de la observancia de la integridad de otros estados o de la "legitimidad de las aspiraciones nacionales" (Woodrow Wilson), etc.⁵

Por ejemplo, según Moulin, la Asamblea General de la SDN habría sustituido el principio de efectividad por la teoría de la legitimidad jurídica, de acuerdo a la cual, entre otras condiciones, el nuevo Estado debe respetar la integridad territorial de los estados existentes y debe crearse por otros medios que la guerra y el recurso a la fuerza; de tal

³ Ibid., p. 368.

⁴ Es únicamente el d.i. el que proporciona un criterio de orientación para los casos dudosos en esta materia. Gracias a este criterio podemos comprobar que, por ejemplo, el llamado Imperio de Manchukuo no era un estado, no por crearse en violación del d.i. sino por carecer de efectividad. No fue una obra del pueblo manchú, sino una creación artificial de la cancillería japonesa, sobre la cual Japón ejercía una supremacía territorial ilimitada, por medio de su ejército. Pero, en cambio, Eslovaquia fue un auténtico estado, desde 1939 hasta 1944, a pesar de las dudas que plantean al respecto algunos autores. Véase la siguiente sección.

⁵ Véase también Charpentier, 1956

modo, prácticamente estaría excluida la posibilidad del surgimiento de nuevos estados.⁶

32. Extinción

El estado desaparece cuando pierde uno de sus elementos constitutivos. Hipotéticamente podemos imaginarnos el hundimiento del territorio de un estado situado en una isla volcánica, como la legendaria Atlántida o la extinción de toda su población (tal era el fin del Estado fundado por los normandos en Groenlandia, cuya población falleció como consecuencia de una epidemia). Pero prácticamente el Estado se extingue, al desaparecer la organización política del pueblo, lo que puede ocurrir por desintegración en otros estados menores a por la absorción por otro Estado.⁷

Antes, no existía ninguna limitación del uso de la fuerza y la anexión se consideraba como un problema exclusivamente moral. El tercer reparto de Polonia o la debelación de Orange y Transvaal provocó indignación, pero no se puso en tela de juicio la legalidad de la transferencia de la soberanía territorial, ni en estos ni en otros casos,

⁶ En su mensaje del 11-2-1918. Woodrow Wilson reclamaba la satisfacción de las aspiraciones nacionales a los polacos y a los pueblos que fueron gobernados por la casa de los Habsburgo. Otorgó el reconocimiento al gobierno checoslovaco, firmado en París el 2 de septiembre de 1918 en un acto previo a la creación efectiva de la respectiva república, pero rechazó durante varios años el reconocimiento de las repúblicas bálticas, efectivamente existentes. Se trató de un intento de derogar el principio de efectividad para sustituirlo por el de la "legitimidad de las aspiraciones nacionales", prácticamente por una especie de investidura arbitraria que se arrogaba a sí mismo el Consejo Supremo de las potencias aliadas y asociadas. Después del malogro de este intento wilsoniano, el principio de la efectividad recobró su vigencia conservándose hasta hoy en día.

⁷ Debelación de las repúblicas de Orange y Transvaal por Gran Bretaña, en 1902, y de Abisinia por Italia, en 1936; la anexión de Austria y Checoslovaquia por Alemania en 1938 y 1939, respectivamente, o la anexión de un estado a un grupo de estados, como Polonia a Rusia, Prusia y Austria en 1795. Hubo también casos de absorción voluntaria, como la de Montenegro por Yugoslavia en 1918, y la efímera fusión de Egipto y Siria en la República Árabe Unida. La anexión violenta de un estado tiene normalmente la forma de la debelación, como resultado de una guerra perdida (Orange y Transvaal, Abisinia), pero puede realizarse también sin una resistencia armada (Polonia en el siglo XVIII, o bien, Corea, Austria y Checoslovaquia en este siglo).

incluso sin que existiera un reconocimiento internacional.⁸ Recién ante la ocupación japonesa de Manchuria, el canciller estadounidense Henry Stimson declaró que su gobierno “no tenía el propósito de reconocer una situación, un tratado o un acuerdo que hubiera sido obtenido por medios contrarios a los compromisos y las obligaciones del Pacto de París”, o sea, del Pacto Briand-Kellog, de 1928. Dos meses más tarde, el 11-3-1932, la asamblea de la SDN adoptó esta “doctrina Stimson”, que fue invocada también ante la anexión de Abisinia, de Austria y de Checoslovaquia.

Este intento de prohibir las anexiones, totales y parciales (como en el caso de Manchuria), bajo la sanción del no-reconocimiento de las adquisiciones territoriales ha fallado en su objeto.⁹ (Véase N° 111 D.)

Según algunos autores, como Scelle, la debelación constituye un hecho ilegal que no interrumpe la existencia jurídica del Estado.¹⁰

La doctrina niega la ficción de la “existencia de derecho” de un estado anexado. Considera que un estado desaparece y pierde su personalidad internacional si voluntariamente o por la violencia, es absorbido por otro Estado. Hay quienes señalan expresamente que el carácter ilegal de la anexión no implica ningún perjuicio a sus consecuencias jurídicas.¹¹

⁸ Por ejemplo Vattel, Rivier, Nys, Jellinek, Schaetzel, Hold von Ferneck, Stowell, François, Strupp, Nippold, Wolgast, Fischer, Willms, Referencias bibliográficas, véase: Halajczuk, 1950, ps. 70-71, notas 37 y 38.

⁹ Esta doctrina fue perfectamente aplicable al caso de Manchuria, pero no de Abisinia. Como resultado de la invasión japonesa, China perdió el control efectivo (la supremacía) de una fracción de su territorio nacional, pero esta invasión no planteó ninguna duda acerca de la continuación de la existencia del estado chino; por lo tanto podía admitirse que, gracias al no-reconocimiento de la adquisición de Manchuria por un medio ilegal, esta provincia quedó bajo la soberanía territorial china. Pero en caso contrario al negar la soberanía italiana sobre Abisinia, después del año 1936, se planteó la cuestión de saber a quién pertenecía esta soberanía, hasta la restauración del estado abisinio, en el transcurso de la segunda guerra mundial; ya que no podía pertenecer a Abisinia, que dejó de existir como consecuencia de la debelación.

¹⁰ Coinciden con Scelle otros autores franceses que vivieron la ocupación de su país por Alemania durante la segunda guerra mundial.

¹¹ “La debelación —escribe Kelsen— es un acto contrario al derecho, puesto que no se trata de una guerra justa y es sin embargo un acto generador de derecho. Se viola, sin duda, el derecho internacional. Pero los hechos no obstante ser ilegales, tienen carácter generador de derecho”. “Cuando a la agresión le sigue la anexión de un territorio vecino por un estado, los demás estados evidentemente tienen el derecho y hasta la obligación de proceder a la contraintervención para forzar al

La proscripción de la debelación y la anexión total de los estados está perfectamente fundada desde el punto de vista moral, pero su transformación en una norma jurídica presenta graves dificultades.¹²

La extinción del Estado debelado —hecho pues de gran importancia jurídica y política— no debe identificarse con la ocupación total, es decir con una situación transitoria que puede cambiar en el curso de la guerra.¹³

Por otro lado, las grandes guerras cambian, radicalmente el mapa político, cualquiera sea su resultado. Incluso el Congreso de Viena, al adoptar el principio de la restauración del *status quo ante*, estaba lejos de restablecer las fronteras anteriores a la revolución francesa; por el contrario, reconoció la desaparición de varios estados suprimidos por la Francia revolucionaria (como Venecia, Génova).

A pesar de una interrupción en su existencia efectiva, se admite

agresor a renunciar al territorio invadido. Sin embargo, las terceras potencias, en caso de no poder emprender una acción reparadora de este tipo, deben considerar al agresor, como soberano legítimo del territorio tomado. Cualquier otra solución acarrearía una perturbación prolongada de las relaciones internacionales. Es necesario soportar lo que no puede cambiarse”, admite Stowell.

Los autores citados intentaron justificar los hechos, buscando una fundamentación ya voluntarista (Ehrlich y en parte Hubert, ya civilista (Ehrlich y Fiodorowicz), contra el principio *ex inuria ius non oritur*. Discrepa con la opinión dominante, que acabamos de exponer, George Scelle, en su *Cours de Droit International* (parís, 1948, ps. 141-143). Cabe agregar que en aquel año, Halajczuk, que vivía en París, presentó el original manuscrito de su obra “*Los estados conquistados ante el derecho internacional*” al maestro francés iniciando con él un interesante intercambio de opiniones.

¹² Sin embargo, esta última fundamentación presupone la asimilación de la soberanía a la propiedad. Pero como el territorio es uno de los tres elementos constitutivos del estado (aunque sea un elemento pasivo, en contraposición al pueblo y al gobierno), resulta imposible la construcción de la “existencia en derecho” de un Estado carente de territorio. Bien entendido, al expresar esta crítica, no manifestamos ninguna simpatía por la política de los hechos consumados, sino simplemente observamos los cánones de la metodología jurídica.

¹³ La anexión de Abisinia pudo considerarse como definitiva. Aunque el rey de Italia fue reconocido como emperador de Etiopía por 44 estados hasta el fin del año 1938, esto no impidió la restauración de los tres estados que fueron anexados en víspera de la segunda guerra mundial. Ni aun el reconocimiento de la anexión por los terceros estados —que Fiedorowicz considera como una condición suplementaria de la extinción del Estado debelado— no basta para asegurar la estabilidad de las relaciones internacionales.

la identidad de todos aquellos estados, con anterioridad a su anexión y con posterioridad a su restauración. No es necesario recurrir a un *ius postliminio*, para superar una interrupción tan breve, basta la continuidad del pueblo para el cual el Estado independiente sigue siendo un valor y un objetivo, o sea que basta la continuidad en la dimensión sociológica, que se proyecta también en la axiológica.¹⁴ Tan sólo quitando la vigencia a estas dos dimensiones, o sea asumiendo una postura normativista, puede negarse esta clase de continuidad.¹⁵

33. Problema de la continuidad

En materia de la creación y la extinción de los estados pueden plantearse problemas controvertidos de doble índole.

Por un lado hay que tratar: a) el problema de distinguir la ampliación de un estado preexistente de la *creación* de un estado nuevo, y b) la cuestión de saber si uno de los estados sucesores no constituye la continuación del estado desmembrado. Los dos planteos se presentaron a fines de la primera guerra mundial.¹⁶

Pero ocurre que un Estado puede quitar la independencia a otro, sin alterarlo, porque tal anexión no corresponde a sus propósitos, ya que provocaría la reacción de las terceras potencias, o puede tratar con miramientos al soberano o a la población del país sometido y no despertar resistencia. En todos estos casos estamos en presencia de las distintas modalidades de la subordinación o sometimiento de un Estado a otro.¹⁷

¹⁴ Kordt, 1960, p. 556, citado en castellano por Halajczuk, 1967, t. 1126.

¹⁵ "En 1945 la República Austríaca fue "restablecida", es decir, en el territorio anexado por Alemania y habitado por el antiguo pueblo austríaco, se estableció un estado con el nombre de Austria, de acuerdo con una constitución que no era idéntica a la vigente al tiempo de la anexión. La segunda República Austríaca es un nuevo estado, ya que no hay una continuidad jurídica entre la primera y la segunda república, desde el punto de vista del derecho nacional o desde el internacional" (Kelsen, 1965, p. 226). Como Kelsen identifica al estado con el orden jurídico, la constitución, no puede concebirla como la forma de organización del pueblo.

¹⁶ No cabe duda que la República Turca es una continuación pura y simple del Imperio Otomano, lo que confirmó el arbitraje sobre la Deuda otomana en 1925. Tampoco se presenta tal duda acerca de Polonia aunque ella, además del régimen, modificó notablemente su extensión territorial, entre 1939 y 1965.

¹⁷ Halajczuk, 1950, ps. 38-41.

Bajo el punto de vista analítico, el Estado sometido no desaparece, pero la esencia misma del estado sufre un cambio: deja de ser la organización soberana de una nación y pasa a ser una circunscripción administrativa con cierta autonomía, dirigida por la voluntad de una potencia extranjera y no por la voluntad de su nación. Es por ello que la subordinación es a menudo considerada, en la apreciación política, como una anexión disimulada. Dado que la subordinación une al vencedor con el vencido de una manera duradera, tiene la forma de una asociación entre estados desiguales (protectorado, alianza desigual, hegemonía, satelismo) o iguales en apariencia (confederación de estados, unión personal).

El estado sometido se pliega al control del vencedor bajo el punto de vista militar, político y económico, cediéndole algunas veces ciertos aspectos de su administración.

El grado de subordinación de esos estados es diverso. Los estados sometidos a consecuencia de la guerra perdida, conservan por lo general su jerarquía, los puestos superiores, cualquiera sea su grado de dependencia desde el punto de vista político. No son creaciones artificiales sino auténticos estados, nacidos de la voluntad nacional; que antes de ser sometidos, defendían su independencia hasta el final.

Que a un Estado sometido se le pueda considerar como soberano, depende del sentido que atribuyamos a la noción de soberanía. Los estados sometidos tienen, en principio, el derecho a recuperar la plenitud de sus poderes, denunciando el tratado.

El internacionalista polaco Tytus Komarnicki señala la analogía entre los ex estados satélites soviéticos y los de Francia revolucionaria y bonapartista, como las Repúblicas: Báltava, Helvética, Cisalpina, Romana y Confederación Renana.¹⁸ En cuanto a la condición de los Estados miembros de la URSS, también una serie de repúblicas democráticas emancipadas durante la revolución rusa fueron nuevamente sometidas por Rusia soviética al final de una guerra (Ucrania y Georgia), o bien sin resistencia ante un golpe (Azerbaiján) o por una absoluta imposibilidad de resistencia armada (Armenia, cercada por Rusia y Turquía). A todas ellas se les impuso el régimen comunista, con gobiernos títeres impuestos y dirigidos desde Moscú, pero seguían siendo repúblicas soviéticas distintas de Rusia y conservaban intacta

¹⁸ Komarnicki, 1956, ps. 13-26.

la personalidad internacional, con plena capacidad de obrar.¹⁹ En virtud del tratado firmado el 30-12-1922 formaron desde el año 1923 hasta 1991, la URSS, reservándose el derecho (un típico *nudum ius*) de secesión.²⁰ Desde el año 1944 recobraron parcialmente la personalidad internacional dos repúblicas: Ucrania y Bielorrusia.²¹ A partir de 1991 también recobraron su independencia plena las 16 Repúblicas integrantes.

34. Cambios Internos

“Es principio general de d.i. que un cambio de gobierno no afecta a las obligaciones internacionales de un estado”, dijo el árbitro Taft, el 18-10-1923, al fundamentar su sentencia en el caso célebre de *Tinoco*,²² y esta proposición figura en la mayoría de los tratados y manuales como una norma de d.i. de vigencia indiscutible.²³ En realidad, no plantea dudas en cuanto a un simple cambio no constitucional de gobierno, por medio de un mero golpe de Estado. Pero da lugar a ciertas dudas su aplicación en los cambios de régimen, como consecuencia de revoluciones auténticas. El cambio producido por la primera revolución francesa, en 1789 pareció a primera vista, demasiado fundamental como para que la república pueda considerarse como una simple continuación de la monarquía, pero por fin el gobierno de la convención republicana aceptó tal punto de vista.²⁴

¹⁹ Pipes, 1966; Markus, 1959.

²⁰ Halajczuk, 1961, N° 27-28, ps. 167-188; Halajczuk, 1963, t. 13/34, ps. 307-317.

²¹ Una existencia y subjetividad internacional “pura” con cierta analogía al puro derecho de la Escuela de Viena - sin ninguna vinculación con la esfera de las realidades ni de los valores.

²² Otras sentencias arbitrales coincidentes, en los casos de Dreyfus, en 1901 y de Piérola, en 1921. Este punto está vinculado con la sección 10.

²³ Además citan, en apoyo a esta norma, dos resoluciones de las grandes potencias: “Los tratados no pierden su vigencia, cualesquiera sean los cambios en la organización interna de los pueblos” (declaración de Londres de 19-2-1831) y “Ningún principio es mejor asentado que aquél en cuya virtud una nación es responsable por su gobierno, sin que un cambio de autoridad afecte sus obligaciones” del 28-3-1918, las dos citas según Verdross, 1963, p. 160.

²⁴ Dijo el canciller francés, en su discurso en la Cámara de Diputados el 31-3-1834: “cabe reconocer, en honor de la Restauración, que nunca fue seriamente esgrimido este argumento”: que el Reino de Francia no es responsable por Francia revolucionaria (cit. *ibidem*).

Lo mismo se repitió durante la revolución rusa, e incluso la fascista y la nacionalsocialista, pero los gobiernos democráticos de Italia y Alemania asumieron las deudas de guerra que habían contraído los gobiernos de Mussolini y de Hitler respectivamente, por los acuerdos de 1947 y de 1951. Únicamente la revolución rusa planteó un problema serio, con una gran repercusión en el plano práctico (postergación del reconocimiento del gobierno soviético, que abordamos en otro subcapítulo) y en la doctrina soviética. Después de la segunda guerra mundial se produjo lo mismo en otros estados comunistas.

Inmediatamente después de la toma del poder, el gobierno soviético ruso no sólo desconoció todas las obligaciones convencionales del gobierno zarista sino que inclusive denunció la validez, para él, del d.i. como un orden jurídico burgués. Las manifestaciones más expresivas de esta actitud fue la conclusión de la paz por separado (anunciado por medio de una proclamación radial a todos los estados beligerantes, aliados y enemigos), repudiación de las deudas zaristas y la nacionalización de las inversiones extranjeras, sin indemnización.

Con el tiempo reconoció la validez de algunos tratados firmados por la Rusia zarista. Cabe agregar que la URSS fue creada recién en 1923, en virtud del tratado del 30-12-1922. Hasta aquel entonces los estados emancipados en 1917 (Ucrania), o en 1918 (Armenia, Georgia, Azerbaiján), pero luego reconquistados por los ejércitos soviéticos rusos, conservaron la plena personalidad internacional, a pesar de estar sometidos a Rusia, porque ella los representaba en las negociaciones, en Génova, sobre el litigioso problema de las deudas zaristas.²⁵

Posteriormente este problema fue debatido en la doctrina soviética. Algunos (el ruso Tunkin y el ucraniano Lisowsky) adherían al concepto tradicional: sean cuales fueran los cambios sociales que la revolución produce, se trata siempre del reconocimiento de un gobierno. La mayoría (como los rusos Zadorozhny, la profesora Mordorian y, hasta cierto grado, Krylov), consideraban que si, como consecuencia de una revolución, el poder estatal pasa a manos de otra clase que transforma totalmente el régimen interno, nace un nuevo sujeto de d.i. que requiere el reconocimiento que cabe atribuirse a un nuevo Estado.

²⁵ Este aspecto fue analizado muy detenidamente por Markus en 1959. En el prólogo al citado libro, Charles Rousseau destaca un análisis original y penetrante "del difícil problema de la doble sucesión del estado ucranio al Imperio ruso desmembrado y de la URSS a la República Ucrania".

En cuanto a otros estados comunistas, por ejemplo Polonia, reconoce la validez de los tratados concluidos con anterioridad al año 1939, salvo los incompatibles con el "ethos proletario"; la doctrina polaca (Gelberg, Klafkowski) admitió la continuidad del estado polaco, a pesar de todos los cambios internos.²⁶ Los nuevos y profundos cambios operados cincuenta años más tarde (1989), con la caída del régimen soviético en la URSS y del comunismo en los países de Europa del Este provocaron situaciones semejantes a las descritas, pero los nuevos gobiernos surgidos de la transformación respetaron, sin ambages los compromisos y deudas contraídos por el régimen anterior. El comportamiento de Alemania unificada ilustra lo expuesto.

La personalidad del Estado en el d.i. significa la capacidad de adquirir los derechos y las obligaciones internacionales. La continuidad de un sujeto de d.i. significa la continuidad de todos los derechos que adquirieron los gobiernos anteriores para el respectivo estado y de las obligaciones que tomaron a su cargo. Y estas obligaciones pueden verse seriamente afectadas, si de la revolución resulta un cambio sustancial en la estructura económica del respectivo Estado. En el sistema bipolar si la revolución implantaba el socialismo, esto implicaba también la nacionalización de los bienes que las empresas extranjeras instalaron en virtud de las concesiones otorgadas por gobiernos anteriores.

De tal modo el cambio del régimen económico tiene vastas repercusiones, estando vinculado por un lado con el derecho a la autodeterminación ²⁷ y por otro, con la responsabilidad internacional por actos legislativos. Abordaremos este problema más detenidamente dentro de este último contexto.

35. Sucesión

La idea de la sucesión entre los Estados fue introducida ya por

²⁶ Por el contrario, los internacionalistas comunistas alemanes consideraban que el estado alemán dejó de existir en 1945. A partir del tratado de unificación, en 1992, Alemania actual se considera sucesora tanto de la República Federal Alemana como de la República Democrática Alemana. China, por su parte, se considera como el mismo sujeto de d.i. que el celeste imperio (de ahí la reclamación de su sede en la ONU, incluso en el Consejo de Seguridad), pero se reservó el derecho de aceptar o rechazar la validez de los tratados anteriores

²⁷ Véase punto N° 30.

Grocio. Además de la reserva general que merecen todos los injertos civilistas en el d.i. cabe aclarar que la sucesión del derecho civil no cubre todas las situaciones que se presentan en este campo, ya que se trata de una *sucesión de derecho público*. Nos parece acertada la *teoría negativa* de Charles Rousseau: no es una sucesión sino simplemente una sustitución de soberanía, sin solución de continuidad.²⁸

Preferimos este criterio antes que el de la sustitución universal, que aceptan otros tratadistas.²⁹

El tema de la dinámica del Estado adelantó considerablemente en lo que se refiere a la sucesión de Estados, materia que obtuvo su codificación con la Convención de Viena de 1978, que aborda la cuestión respecto a los Tratados, y la Convención de Viena de 1983 sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado.³⁰

La labor codificadora estuvo a cargo de la CDI que trabajó en el tema desde 1962 hasta 1974, respecto a tratados y hasta 1981 con relación a los demás aspectos. Los principales relatores fueron Manfred Lachs, Mohammed Bedjaoui y Shabtai Rosenne. En el presente análisis seguimos la metodología de la comisión en cuanto a la regulación del tema. No obstante quedaron sin codificar algunos aspectos como el de la nacionalidad de los habitantes del territorio, y la condición de miembro de una Organización Internacional.

A. Población

El cambio de la soberanía territorial implica el cambio de la nacionalidad de toda su población, lo que es una consecuencia grave. Otros peligros amenazan a la población en cuanto al respecto de su identidad nacional, lingüística, cultural. Para moderar todas estas

²⁸ Rousseau, 1966, par. 5º, 538.

²⁹ Pasamos por alto únicamente el problema del plebiscito que, según nuestro parecer, es ajeno al problema de la sucesión y debe abordarse mas bien dentro del contexto del derecho de los pueblos a su autodeterminación, Nº 30.

³⁰ La Convención de Viena de 1983 sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado se adoptó por influencia del Grupo de los 77 (países en vías de desarrollo) y de los Estados socialistas, pero su proceso de ratificación y de entrada en vigencia fue sumamente lento, lo que revela la poca aceptación general que en la práctica tuvo la Convención.

consecuencias se proporciona por lo general a la población del territorio cedido la opción de su nacionalidad. Además se ha practicado en algunos casos el canje obligatorio de las minorías; pero esta institución tiene en vista no tanto el interés del individuo sino más bien el del Estado: evitar un motivo de fricciones internacionales que pueden poner en peligro la paz.

a) La institución de la opción aparece por primera vez en el siglo XVII (tratado de los Pirineos de 1659) pero su primera aplicación generalizada se produjo después de la emancipación hispanoamericana.³¹

b) Además de la opción, que es voluntaria, se practicaba en el siglo XX el traslado coactivo de las minorías, primero en los Balcanes (un típico mosaico étnico y confesional), luego en otras partes de Europa. Hubo también tratados bilaterales para las minorías: 52.000 turcos de Dobrudja, región de Rumania, fueron trasladados a Turquía, en virtud del tratado de 1936. Alemania, antes de emprender su gran ofensiva antisoviética, realizó una amplia acción, bien organizada, con el objeto de sustraer a las minorías alemanas del desquite soviético. Los traslados obligatorios del año 1939 al 1943 abarcaron a 753.000 alemanes y 177.000 personas de otras nacionalidades.

Terminada la Segunda Guerra Mundial, Polonia realizó un canje de las minorías con tres repúblicas soviéticas vecinas: Lituania, Bielorrusia y Ucrania, en virtud de los convenios que concluyó con cada una de ellas.³²

a) Sucesión respecto a la nacionalidad de los habitantes del territorio. Este tema no fue incluido en las convenciones estudiadas. Sin embargo, la práctica internacional establece el principio de que los habitantes

³¹ Los nuevos estados ofrecen la posibilidad de optar por la conservación de la nacionalidad española, en una serie de tratados, firmados con Chile en 1844, con la Argentina en 1859 y 1863, con Bolivia en 1847, con Uruguay en 1870 y 1882, etc. Luego fue adoptado en el tratado germano-francés de 1871 (planteándose graves dificultades en su aplicación), en los tratados que terminaron la segunda guerra mundial.

³² El canje de las minorías en los Balcanes tropezó con considerables dificultades económicas y sociales, especialmente en Grecia. La absorción de un número tan elevado de inmigrantes superaba por lejos el potencial de la economía griega. Por otro lado las minorías griegas eran en su mayor parte urbanas y tenían que arraigarse en el campo, en el lugar de la minoría turca y la búlgara, planteándose serias dificultades de adaptación al nuevo ambiente.

del territorio siguen la nacionalidad del Estado sucesor. Actualmente (1998) la CDI ha encarado el estudio de su codificación.

Sucesión respecto a una parte del territorio. Rige el mismo principio, pero comúnmente se les ha dado a los habitantes un derecho de opción que deben ejercer en un determinado plazo como ocurrió en los territorios de Tende y La Brigue cedidos por Francia a Italia en virtud del Tratado de Paz de 1947. La *Unificación, separación y disolución de Estados* se rige por el mismo criterio.

Estados de reciente independencia. El principio es que rige el derecho interno del Estado nuevo para regular las cuestiones de la nacionalidad de sus habitantes.

b) Sucesión en la calidad de miembro de una organización internacional. La cuestión se ha presentado ante la ONU, la que ha decidido que no existe sucesión y que el Estado sucesor debe cumplir los requisitos establecidos en la Carta para ser miembro.

Sucesión de parte de un territorio. Como no da lugar a la aparición de un Estado nuevo no hay problema.

Estados de reciente independencia. Ingresaron a la ONU todos los que se postularon, independientemente de que el Estado predecesor haya sido o no miembro de la ONU.

En la separación o disolución (Bangladesh o la Federación Mali) no hay sucesión. El caso de la unión de Estados que han pertenecido a la ONU, como el caso de Tanzania, no se requirió el trámite de admisión.

B. Bienes y deudas

Sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado. En la CDI, se debatió la cuestión de porqué este tema requería una regulación especial. Para el relator Bedjaoui la descolonización constituye la idea básica de la sucesión, y en materia de deudas, su concepción lo llevó a considerar sólo las deudas en las que el acreedor era otro Estado. Pero, en la Conferencia de 1983, la delegación brasileña propuso la introducción de la frase “y cualquier otra obligación financiera que pese sobre el Estado”, criterio que prevaleció.³³

³³ Geraldo E. do Nascimento e Silva: “Succession of State Debts”, en el *Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*, op. cit., ps. 947/962.

Los bienes públicos del Estado desmembrado, situados en la parte del territorio que cambia de soberanía, pasan a la propiedad del nuevo soberano.³⁴ Esto es válido tanto para bienes de dominio público (incluso los archivos locales) como también para los de dominio privado: las rentas de los bienes patrimoniales arrendados, los préstamos hipotecarios, etc. Sin embargo, el nuevo soberano debe respetar los derechos adquiridos.³⁵

No obstante el *principio general* que rige la sucesión de Estados en materia de bienes y deudas es que la misma se regula mediante *acuerdo de partes*.

Bienes del Estado: (art.9). Al respecto la CPJI dijo: estamos ante “un principio de Derecho común de la sucesión de Estado a Estado”, en el caso “Universidad Péter Pázman”.³⁶ El paso de los bienes tiene lugar sin compensación, salvo acuerdo en contrario (art. 11).

Sucesión de parte de un territorio: la regla general es que se resuelve por acuerdo de partes, y de no haberlo, pasan al sucesor los bienes inmuebles del predecesor sitos en el territorio en cuestión así como los bienes muebles vinculados a la actividad del Estado predecesor en relación con el territorio (art. 14). No existe en la convención el deber de negociar ni de llegar a un acuerdo.

Estado de reciente independencia: La CDI señala que en los acuerdos celebrados entre las partes, o sea entre Estado predecesor y el sucesor, debe tenerse en cuenta que los Estados de reciente independencia se encuentran en una situación de desigualdad y falta de equilibrio en las relaciones jurídico, políticas, con el anterior Estado metropolitano. El art.15 de la Convención prevé todos los supuestos relacionados con este caso.

Unificación de Estados: Se aplica las normas comunes de la sucesión (art.16).

Separación de Estados: pasan los inmuebles situados en el territorio

³⁴ Lo confirmó la CPJI en el caso de la Universidad Peter Pazmany en 1933.

³⁵ “Los derechos privados adquiridos de acuerdo al derecho vigente no caducan en consecuencia del cambio de la soberanía”, afirmó la CPJI en el dictamen sobre los *Colonos alemanes en Polonia*, en 1923, p. 36. Y en el asunto de *Chorzow*, en 1926 reafirmó esta Posición: “El principio del respeto de los derechos, adquiridos forma parte del d.i. común”. En el mismo sentido se expresó en la sentencia de 1926 sobre los *Intereses alemanes en Alta Silesia*.

³⁶ CPJI Serie A/B N.71, p. 237.

que se transfiere y los muebles vinculados a la actividad del Estado predecesor en relación con ese territorio, y los demás muebles en un proporción equitativa (art. 17).

Disolución de Estados: pasan los inmuebles que se encuentren en el territorio del Estado sucesor; si los bienes están fuera del territorio del Estado predecesor pasarán a los Estados sucesores en proporciones equitativas, pasan los bienes muebles del Estado predecesor vinculados a su actividad en relación con los territorios en sucesión. Los demás bienes muebles pasan a los Estados sucesores en proporciones equitativas (art.18).

Derechos adquiridos: ¿El Estado sucesor está obligado a respetar los derechos adquiridos por particulares, especialmente extranjeros, ante el Estado predecesor? El criterio de la jurisprudencia y de la doctrina del d.i. clásico, es que tales derechos se respetaban.³⁷ Hoy se aplica el principio de la soberanía del Estado sobre los recursos naturales.³⁸ La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Res. 3281 (XXIX) de 1974 reconoció a todo Estado el derecho de nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, debiendo pagar una compensación adecuada, teniendo en cuenta sus propias leyes y reglamentos aplicables al caso. Los países europeos desconocen el valor jurídico de esta Carta. A su vez, la Convención de Viena de 1983 tampoco contiene una norma precisa al respecto, ya que resuelve “no prejuzgar de modo alguno ninguna cuestión relativa a los derechos de personas físicas o jurídicas” (art.6), aunque hace prevalecer el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales (art. 15).

Archivos de Estado: La CDI los trató en forma específica porque por su naturaleza pueden ser indivisibles, y porque pueden resultar indispensables tanto para el Estado predecesor como para el sucesor. Pero también pueden ser reproducidos. El principio general establece la sucesión o traspaso sin compensación (art. 23).

Sucesión de una parte del territorio de un Estado. A falta de acuerdo pasan al sucesor la parte de los archivos de Estado necesarios para la administración normal del territorio. El predecesor facilitará al sucesor los medios de prueba más fehacientes que guarden relación con títulos territoriales concernientes al territorio o con sus fronteras o que sean

³⁷ CPJI, Serie B N.6 p. 35 sig. y Serie A N.7 p.31 sig.

³⁸ Resoluciones 1803 (XVII), 2158 (XXI) y 3171 (XXVIII).

necesarios para aclarar el sentido de los documentos que pasen al Estado sucesor, también le traspasará reproducciones de sus archivos de Estado vinculados a los intereses del territorio, a expensas del sucesor.

Los Estados de reciente independencia: Pasan al sucesor los archivos que habiendo pertenecido al territorio se hubieran convertido durante la dependencia en archivos de Estado del Estado predecesor, y la parte de los archivos del predecesor que deban encontrarse en el territorio para una administración normal del mismo. El pase de los demás archivos que sean de interés para el territorio del Estado sucesor se determinará por acuerdo. Como en los casos anteriores, el predecesor deberá poner a disposición del sucesor los medios de prueba disponibles en sus archivos que tengan relación con el título de los territorios del Estado de reciente independencia, con sus fronteras o que sean necesarios para aclarar el sentido de los documentos atinentes. La Convención preserva el derecho del pueblo de los Estados de reciente independencia al desarrollo a la información sobre su historia, a su patrimonio cultural.

Unificación de Estados. La regla general es que el pase se rige por el derecho interno del Estado sucesor (art.29). En el caso de *separación* y en el de *disolución* rige el principio del acuerdo, de no haberlo se aplican criterios al del traspaso de parte del territorio.

Sucesión en las deudas. En el d.i. clásico hubo opiniones encontradas al respecto. La sustitución del nuevo soberano en los derechos es prácticamente automática. Su predecesor no puede conservar por ejemplo, dominio público en el territorio que perdió. Es mucho más delicada la sucesión de los pasivos: necesitan una expresa manifestación de la voluntad, a la que el nuevo soberano no siempre está dispuesto. Los *positivistas* (Jeze, Feilchenfeld y numerosos autores italianos) consideran que no existe una norma del derecho positivo que imponga la participación obligatoria en las deudas del estado desmembrado: no es el Estado beneficiario quien ha contraído la deuda, no puede imponérsele una obligación jurídica —porque es soberano— contra su voluntad.³⁹ Otros fundamentan tal obligación en *la equidad*, en la teoría

³⁹ “A pesar de los antecedentes existentes, no puede afirmarse que la potencia beneficiaria esté, de pleno derecho, obligada a tomar a su cargo una parte de la deuda pública correspondiente al territorio que adquirió”. (Sentencia arbitral en el caso de la *Deuda otomana* de 1925). En el mismo sentido se pronunció el tribunal mixto

del enriquecimiento sin causa, en el adagio romano *res transit cum onere suo*. Algunos autores admiten la distinción clásica entre las deudas del Estado, contraídas en el interés general de la población del territorio que cambia de soberanía, y las deudas del régimen, contraídas durante la guerra o destinadas para la represión de las tendencias emancipadoras (que han logrado, a pesar de todo, la emancipación).

La práctica internacional carece de uniformidad. A veces el beneficiario repudia la participación en la deuda. Así hizo Alemania en 1871, rechazando la participación en la deuda francesa, por la adquisición de Alsacia-Lorena; e incluso en 1938-1939, al incorporar toda Austria y la parte mayor y la más industrial de Checoslovaquia. Tampoco las potencias vencedoras aceptaron la participación en la deuda italiana, en el tratado de paz de 1947.

Como contraste puede señalarse la actitud de los estados hispanoamericanos que aceptaron voluntariamente la participación en la deuda de la ex metrópoli, entre 1824 y 1865. La Argentina lo consideraba como una obligación jurídica (tratado de 1863). Los demás lo iniciaron voluntariamente, en nombre de la justicia y la equidad. Esta práctica fue seguida como regla general.⁴⁰

Definición de deuda: La Convención de Viena de 1983 define las deudas de Estado como toda obligación financiera de un Estado para con otro Estado, organización internacional, o cualquier otro sujeto de d.i. nacido de conformidad con el d.i. (art.33). Quedan excluidas las demás deudas como las de un órgano no estatal. El art.36 establece que la sucesión de Estados no afectará en cuanto tal a los derechos y deberes de los acreedores, lo que quiere decir que la sucesión no tiene el efecto de vincular al acreedor o el de atribuir a éste el derecho de dirigirse contra el Estado sucesor.

Traspaso de una parte del territorio El paso de la deuda se rige por acuerdo. A falta del mismo, pasa en una proporción equitativa respecto a los bienes, derechos e intereses que pasen al Estado sucesor en relación con esa deuda de Estado.

Estados de reciente independencia: El principio establece que

anglo-norteamericano de 1923 y 1925 y otro tribunal arbitral, franco - griego, en el caso de *Colas y Michel*.

⁴⁰ En efecto, la regla se aplica en los cambios territoriales producidos a consecuencia de la Primera y Segunda Guerra Mundial y de las transformaciones operadas por la finalización del bipolarismo (1991-1995).

ninguna deuda pasa a ellos salvo que un acuerdo disponga lo contrario, en tanto no se menoscabe el principio de la soberanía permanente del pueblo sobre sus riquezas y recursos naturales, y que su cumplimiento no ponga en peligro los equilibrios económicos fundamentales del Estado (art.38).

Unificación: La regla es que la deuda de los predecesores pasa al sucesor. (art. 39).

Separación y disolución: La regla es el acuerdo. De no haberlo pasa en proporción equitativa.

Solución de controversias: Es semejante al de la Convención de 1978 y sólo establece el recurso obligatorio a un órgano de conciliación (art. 43).

Concesiones: la norma general según la cual conservan su vigencia únicamente las concesiones ventajosas para el territorio que cambió de soberanía. Por otro lado se excluyen las otorgadas de mala fe, las dirigidas contra el interés del estado sucesor (por ejemplo líneas férreas estratégicas), etc.⁴¹

C. Tratados

Antecedentes: En materia puramente jurídica, el estado sucesor no tiene la obligación de ejecutar las sentencias anteriores al cambio de la soberanía territorial.⁴²

Queda a discutir el problema de la continuidad de los tratados, lo que es controvertido en la doctrina y en la práctica carece de toda homogeneidad. Por ejemplo: Ecuador y Panamá admitían la validez de los tratados firmados antes de la separación de Panamá de Colombia.

La práctica varía según la clase de tratados. Por lo general no se pone en tela de juicio la transmisión de los *concordatos* (en la medida en que éstos son compatibles con la orientación del nuevo régimen). También quedan en vigencia los tratados relativos al *status jurídico*

⁴¹ Sentencia de la CPJI de 1925 en el caso de *Mauromatis*; sentencias arbitrales sobre *Ferrocarriles austro húngaros* de 1929 y 1934; sentencia arbitral de 1869 en el caso de la *Compañía de la Bahía de Hudson*.

⁴² Sin embargo el estado sucesor puede comprometerse a ejecutar las sentencias firmes como por ejemplo lo hicieron los EE.UU. respecto de los territorios cedidos por España en virtud del tratado de 1898. Véase además la Sección IV.

del territorio cedido, como la neutralización (por ejemplo de Chablais y Faucigny, en el momento de su cesión por Cerdeña a Francia, en 1860); o la desmilitarización (las islas Aland, al pasar de la soberanía rusa a la finlandesa). Por supuesto no se transmitió los tratados de contenido político, como de garantía, de alianza, o los de neutralidad.

Los estados sucesores mantuvieron tradicionalmente en vigencia los *tratados leyes*. Esta práctica sufrió un cambio radical durante el proceso de descolonización de los años sesenta. Numerosos estados asiáticos y africanos, recién creados o emancipados de sus protectorados, proclaman la llamada *doctrina de tabla rasa*, rechazando la validez de todos los tratados leyes firmados por las potencias coloniales respectivamente protectoras. Otras niegan únicamente la validez de los tratados que favorecían a los colonizadores, las elites feudales locales, etc. Esta nueva tendencia debe considerarse dentro de un contexto más amplio. Una actitud que oscila entre un escepticismo discreto y una agresividad iconoclasta ante el d.i. que habría sido creado por los occidentales, sin la participación de los asiáticos y los africanos, sin la consideración de sus intereses. No se limita al derecho convencional sino abarca también el consuetudinario: se trata de la doctrina de Tunkin, que por lo general es bien acogida en Asia y en Africa (véase sección III).

D. La Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en materia de Tratados (1978)

Requisitos: Se aplica sólo a los efectos de la sucesión en materia de tratados entre Estados (limitación subjetiva). Se requiere que la sucesión se haya producido de conformidad con el d.i. y con los principios de la Carta de la ONU.

Definición: Las convenciones definen la sucesión de Estados como la "sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio".

Régimen especial: establecen uno para los Estados de reciente independencia.

En materia de *tratados llamados territoriales, dispositivos o localizados*, relativos a cuestiones de fronteras, aprovechamiento de ríos internacionales, desmilitarización o neutralización de determinadas localidades, el principio general que establece la convención lo tomó de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional es que la sucesión no altera a estos tratados.

Sucesión respecto de una parte del territorio: Se aplica la doctrina de la *movilidad del ámbito territorial del tratado*, consagrado por la doctrina y la jurisprudencia a nivel internacional. Este criterio está recepcionado en el art. 15 de la mencionada Convención, el que a su vez tiene fundamento en el art. 29 del Tratado de los Tratados, Viena/1969. Un tratado es obligatorio para cada una de las partes en la totalidad de su territorio, salvo cuando consta una intención diferente.

Sucesión de Estados que da lugar a un Estado nuevo: La pregunta que se plantea es: ¿Obligan al Estado nuevo los tratados celebrados por el Estado predecesor? Las respuestas oscilan entre dos posturas extremas: *el principio de la continuidad de los tratados y el principio de la tabla rasa* o de la no obligatoriedad para el Estado sucesor de los tratados celebrados por el predecesor. La CDI precisó que la metáfora de la tabla rasa es una forma cómoda de expresar la idea básica de que un Estado de *reciente independencia* empieza su vida internacional libre de toda obligación de seguir manteniendo en vigor los tratados celebrados por su predecesor. Por eso aplicó ese principio para los tratados bilaterales o multilaterales del Estado predecesor y en cuanto al derecho del Estado sucesor de ser parte en los tratados del predecesor, se acepta de un modo general para los tratados multilaterales, mientras que los bilaterales continúan sólo si así lo convienen expresa o tácitamente los Estados interesados. (Parte III de la Convención).

En cambio, en la aparición de un nuevo Estado fuera del proceso descolonizador por la *unificación o separación de Estados*, rige el principio de la continuidad en materia de tratados. Para la CDI la unificación entraña el mantenimiento de la vigencia de los tratados de los Estados que se han unido, excepto acuerdo de partes que fuesen incompatibles con la unificación. Tal fue el caso de la unificación alemana.

Solución de controversias: Ante una controversia sobre la aplicación o interpretación de la Convención de 1978 cualquier parte puede solicitar la apertura de un proceso de consulta y negociación (art. 41). Si no se resuelve en 6 meses, cualquier parte puede someterla al proceso de conciliación establecido en el Anexo de la convención, pero esta solución no es obligatoria. El recurso al arbitraje o a la CIJ sólo se aplica si hay común acuerdo entre las partes (art.44) o por existir declaraciones unilaterales de las partes de que se someterán al arbitraje o a la CIJ. (art.45).

E. La Sucesión de Estados después de la desaparición del sistema bipolar

Las transformaciones estatales más notorias que se han producido en los últimos 20 años son la unificación alemana y el desmembramiento de la URSS. La caída del Muro de Berlín, producido el 9 de noviembre de 1989, marca un hito fundamental en la historia de la humanidad.

La cuestión alemana: Antecedentes: Finalizada la Segunda Guerra Mundial, Alemania quedó repartida entre las potencias vencedoras. La ocupación de Berlín fue crítica. En la reunión cumbre de Potsdam se trató el tema y se acordó una administración cuatripartita (rusos, americanos, ingleses y franceses). En 1948, a raíz de la reforma monetaria impulsada por los occidentales, los soviéticos reaccionaron bloqueando la ciudad. El 1-7-48 se puso fin a la administración cuatripartita. En septiembre se creó la República Federal Alemana que territorialmente coincidía con las zonas ocupadas por los aliados, quince días después se creaba la República Democrática Alemana. No obstante no se cortaron todas las comunicaciones, lo que permitió que muchos alemanes del Este concurriesen a trabajar a Occidente. En 1961 el éxodo cobró proporciones gigantescas. El 12 de agosto se cerró el paso del subterráneo que comunicaba a ambos sectores y el 13 de agosto Ulbricht ordenó clausurar todos los demás accesos a Berlín Oeste, y levantar el célebre Muro que recorría una extensión de 46 kilómetros, con una altura que iba de los 3,20 a los 4 metros, rodeando toda la superficie de Berlín Oeste. También se utilizaron alambrados de púa. A partir de entonces franquear el muro era arriesgar la vida. Pese a lo expuesto, Willy Brandt⁴³ inauguró la *ostpolitik*, política de apertura hacia los países comunistas, principalmente la RDA, por la que brindó formas de ayuda económica a los alemanes del este, como estrategia para alcanzar la reunificación a largo plazo.

Desde mediados de 1989 la crisis económica de la RDA se tornó insostenible minando el poder del presidente Honeker. Al cumplirse el 40 aniversario de la república Mijail Gorbachov visitó Berlín del Este y declaró que el socialismo necesitaba reformas. La crisis tiene su desenlace en los primeros días de noviembre. El 8 de noviembre renuncia todo el buró político y se designa a un reformista Hans Modrow como jefe de gobierno, quien resuelve permitir la apertura de la frontera interalemana el 9 de noviembre. A partir de entonces se

⁴³ Willy Brandt, fue canciller alemán de la RFA, entre 1969 y 1974.

aceleraron los acontecimientos hasta producirse la unificación alemana. El canciller Helmut Kohl acordó con la URSS que la Alemania unificada permanecería en la OTAN, garantizó a Polonia el respeto por la línea Oder-Neisse como frontera oriental alemana y convocó la Conferencia Dos más Cuatro entre los dos Estados alemanes y las cuatro potencias victoriosas de la segunda guerra mundial para recuperar la plena soberanía territorial.

El Tratado de unificación se firmó en agosto de 1990 y entró en vigencia el 3-10-90, consagrando la desaparición de la RDA y la integridad territorial de la Alemania actual. Cabe destacar que la unificación produjo recelos tanto en países occidentales como entre los soviéticos. Una manifestación de este temor es que la URSS demandó categóricamente la neutralidad como condición para la unidad.

La desintegración de la URSS presenta el fenómeno inverso, pero fue también una consecuencia de la caída del régimen soviético y de la transformación operada en los países de la órbita comunista. La base del reformismo impuesto por Gorbachov consistía en brindar transparencia a las acciones de gobierno lo que llevó necesariamente a la introducción de las modalidades de control y de liberación propias del sistema democrático produciendo cambios en el pensamiento político de la dirigencia de ese país y en la reforma de la administración del Estado y del manejo de la economía, liberalizándola. A la larga estos cambios terminaron por producir el derrumbe del régimen soviético y acelerar su transformación hacia un sistema democrático y de economía liberal.⁴⁴

F. Codificación del tema la sucesión de Estados y sus efectos sobre la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas

En el informe de la CDI presentado en 1996 se tuvo en cuenta la necesidad de distinguir las normas de *lex data* de las normas de *lex ferenda*, teniendo en cuenta para ello la práctica de los Estados en la asignación de nacionalidad en un caso de sucesión de Estados. El principio general es que la nacionalidad se rige esencialmente por el derecho interno pero el d.i. impone restricciones a la libertad de acción de los Estados. Se vinculó el tema con los derechos humanos y se

⁴⁴ Ver Moya Domínguez, M. T., "La Perestroika: su impacto en las relaciones internacionales", en *Revista Perspectiva Internacional*, mayo 1989, ps. 72-81.

sostuvo que la Comisión debía defender a la persona de todo perjuicio contra su nacionalidad derivado de la sucesión de Estados y especialmente de la apatridia. En ese contexto de los derechos humanos se debatió si existe un derecho a la nacionalidad. Se destacó la necesidad de la vinculación efectiva para otorgar la nacionalidad, y esa facultad debía ejercerse sin incurrir en discriminación. Se debatió sobre la necesidad de regular en forma separada la nacionalidad de las personas jurídicas. En total se trataron cuatro temas: a) la obligación de negociar y de resolver mediante acuerdo los problemas de nacionalidad derivados de la sucesión de Estados; b) la obligación del Estado sucesor de otorgar su nacionalidad; c) la obligación del Estado predecesor de no privar a las personas de su nacionalidad; d) el derecho de opción.

SECCIÓN IX

RECONOCIMIENTO DE LOS NUEVOS ESTADOS

36. Reconocimiento: institución de un derecho primitivo. 37. Reconocimiento ante la institucionalización del derecho internacional. 38. Interpretaciones del reconocimiento: A. *El político y el jurídico*; B. *Constitutivo y declarativo*. 39. Sujetos del reconocimiento. 40. Criterios de reconocimiento: A. *Efectividad y estabilidad*; B. *Legitimidad*. 41 Reconocimiento de hecho.

En la primera edición de este libro presentamos al reconocimiento como una institución propia de un derecho primitivo. Veinte años después no se han operado modificaciones en el funcionamiento de la institución pese a que se han acelerado los mecanismos de su manifestación o se han generalizado las formas de su tácita aceptación. Lo que todavía no ha ocurrido es la automatización del reconocimiento en el plano internacional general por la mera admisión del Estado en cuestión como miembro de la ONU, tal como sucedía en la SDN.

En materia del reconocimiento de otros sujetos no estatales, como el caso de los insurrectos y de los movimientos de liberación nacional, se han profundizado las tendencias en pro de su aceptación, de los años sesenta y setenta.

36. Reconocimiento: institución de un derecho primitivo

El reconocimiento es un acto emanado de los Estados por el cual expresa o tácitamente se admite el ingreso en el orden jurídico internacional de un nuevo sujeto o de un nuevo gobierno. Es un procedimiento por cuyo intermedio se establecen hechos jurídicamente relevantes y se admite como legítimo un estado de cosas, una pretensión, la atribución de las competencias, etc. con un sujeto de d.i.¹ Además de lo tratado en la presente sección pueden ser objeto del reconociemien-

¹ Kelsen, 1959, p. 267.

to, la extensión de la soberanía territorial, la legalidad del bloqueo, la neutralidad, etc.

El reconocimiento internacional debe analizarse bajo la luz del desdoblamiento funcional: el Estado lo otorga como sujeto por un lado, y por otro como órgano de d.i. Su papel como sujeto es simple, comparándolo con el reconocimiento en el derecho privado, de un hijo ilegítimo, una deuda, etc.. El Estado que reconoce, renuncia a una pretensión, a un derecho, a la facultad de negar la legitimidad de una situación. Es mucho más compleja la naturaleza del reconocimiento que el Estado otorga en su calidad de órgano del d.i. Rousseau distingue allí dos aspectos:

1) El reconocimiento sirve de sustituto a la institución de la prescripción (cuya existencia está controvertida en el d.i.)² permite la regularización de las situaciones de hecho. Hubo intentos de recurrir al no-reconocimiento como al rechazo de tal regularización, utilizándolo como sanción para disuadir a los agresores que, por consiguiente, no podrían nunca transformar en soberanía territorial las adquisiciones realizadas con el recurso de la fuerza.³

2) Como los procedimientos jurídicos de transformación en el d.i. son imperfectos, siendo necesario el consentimiento de todos los Estados interesados, el reconocimiento es imprescindible.

3) Agregamos un tercer aspecto que consideramos fundamental: el reconocimiento es un procedimiento adaptado al funcionamiento de un orden jurídico primitivo, que carece de órganos centralizados y especializados, procedimiento que permite el funcionamiento, por dificultoso que sea, del órgano colectivo.⁴ Esta última interpretación es válida, sea cual fuera la aplicación del reconocimiento y su alcance que admite la doctrina. Si fuera sustituto de la prescripción, sería un procedimiento judicial, por cuyo medio el órgano descentralizado de d.i. regulariza una situación de hecho. Si admitimos que el reconocimiento de un nuevo Estado tiene alcance constitutivo se limita a ser un procedimiento de investidura. Si se le asigna tan sólo un efecto declarativo, es un procedimiento judicial, por cuyo medio se averigua la regularidad de la investidura, siendo, además, un procedimiento de inscripción de un

² Rousseau, 1966, par. 345.

³ Véase nº 110 d.

⁴ Título de un estudio que Scelle publicó en 1938: *Quelques réflexions sur une institution primitive: la reconnaissance internationale.*

nuevo sujeto de d.i. en esta especie de *Registro Civil* que queda a cargo de un órgano descentralizado.

Según hemos dicho, la actual aplicación del reconocimiento internacional es amplia. Esta institución está bien desarrollada en materia de adquisición de las competencias por nuevos sujetos de d.i. o por sus órganos de origen ilegítimo (gobiernos de facto). Concretamente, puede distinguirse:

1) El reconocimiento del nuevo Estado, nuevo sujeto normal el d.i. Este es el tema de la presente sección.

2) El reconocimiento de la beligerancia (cuya versión menor es, el reconocimiento de la insurrección), o sea el reconocimiento de un nuevo sujeto de d.i., no es normal, sino limitado en la dimensión sustancial (a los derechos y las obligaciones que se derivan del d.i. de la guerra), y en lo temporal (a la duración de la guerra civil). Si los sublevados vencen, se transforman en gobierno, en órgano del Estado, y si son vencidos, desaparecen por perder su existencia efectiva.⁵

3) El reconocimiento del gobierno que llegó al poder por vía anticonstitucional, o sea su reconocimiento en calidad de órgano competente de un sujeto del d.i..

4) El reconocimiento como Nación, que tuvo poca aplicación, y cuyo alcance jurídico fue muy controvertido en la doctrina.⁶

A primera vista, todas estas clases del reconocimiento (salvo el de la Nación) parecen fácilmente distinguibles,⁷ pero en la práctica se presentan situaciones dudosas.⁸

⁵ Según algunos autores, como Kunz (1928, ps. 60, 64, 168), el reconocimiento como un gobierno de hecho parcial (que no controla todo el territorio del estado convulsionado) se efectúa bajo la forma del reconocimiento de la beligerancia. Al contrario, según Podestá Costa (1926, p. 17) "el reconocimiento de la beligerancia no equivale al reconocimiento de un gobierno de *facto* o al reconocimiento de un nuevo estado, pues sólo se limita a atribuir personalidad bélica al partido en armas". Efectivamente, se distingue nítidamente el reconocimiento en la esfera temporal (efímero) y la sustancial (limitado al derecho de la guerra). Véase sección XXX.

⁶ Véase nº 21 a y Halajczuk, 1950, ps. 102-112.

⁷ Kelsen señala la confusión entre el reconocimiento del gobierno y del estado, parcialmente terminológica pero en parte incluso conceptual, a la luz de la jurisprudencia interna norteamericana relativa al no-reconocimiento del gobierno soviético de Rusia por los EE.UU. (1965, ps. 241-247, notas 55, 56, 60).

⁸ Por ejemplo en el reconocimiento de hecho de los estados báltico: la doctrina divisaba una cláusula resolutoria, mientras que los gobiernos que lo otorgaban lo

Bien entendido, solamente en cierta medida puede subsanarse la ausencia de órganos centralizados en d.i. En este orden la institución del reconocimiento internacional tiene graves inconvenientes: relativiza las situaciones jurídicas.

Para Jiménez de Aréchaga la tesis de la naturaleza declarativa del acto de reconocimiento se ha visto confirmada por la práctica internacional y ha sido recogida en la Convención Interamericana sobre Derechos y Deberes de los Estados (art. 3) y en la Carta de la OEA (art. 9). Esto significa que el reconocimiento de un Estado no es un acto discrecional y que no puede ser negado cuando la entidad que aspira a ser considerada como Estado reúne las condiciones exigidas por el d.i.. Negar el reconocimiento en tal circunstancia constituye una violación del d.i., del mismo modo que lo es el reconocimiento que se da a una entidad que carece de algunos de los atributos esenciales del Estado.⁹ Pero además debe verificarse que su surgimiento o existencia no constituya una violación de algún principio fundamental de d.i., como ocurrió con Rhodesia del Sur autoproclamada por la minoría blanca con base en la discriminación racial (apartheid). La ONU desconoció esa pretensión, y recién surgió un nuevo Estado con la constitución en 1980 del Estado Zimbabue. Otro tanto ocurrió con la República Chipriota del Norte, creada bajo la influencia turca en violación al principio de la integridad territorial de los Estados.

37. Reconocimiento ante la institucionalización del derecho internacional

Como el reconocimiento realizado por cada Estado separadamente es una consecuencia de la ausencia de órganos centralizados, podría esperarse que esta institución resultara superflua en la medida en que estos órganos surgen y se consoliden, gracias a la aparición de la organización mundial.

Al principio tal esperanza parecía justificarse: aunque la SDN carecía de universalidad y su existencia era precaria, hizo un notable

interpretaban a la luz de una cláusula suspensiva (Halajczuk, 1963, t. 12/4, cap. 59: cláusula resolutoria, ps. 529-533; cláusula suspensiva, ps. 534-539).

⁹ Paolillo, Felipe H: "Derecho Internacional Público", Tomo II, p..23, Fundación De Cultura Universitaria, Montevideo, Rou, 1995.

progreso en este sentido. Se generalizó para la organización y para sus miembros la práctica de que la incorporación de un nuevo miembro se interprete como un reconocimiento.¹⁰

En 1921 se planteó la cuestión del reconocimiento automático como consecuencia de la aceptación de un Estado en calidad de miembro en la SDN, Georges Scelle investigó a fondo¹¹ y llegó a la conclusión de que sería absurdo no admitir esta consecuencia. De acuerdo al artículo 10º del Pacto de la SDN, los Estados miembros de la misma se garantizan mutuamente su integridad territorial y su independencia. Ahora bien, sería paradójico otorgar esta clase de garantías a un Estado, cuyo reconocimiento se niega, o que no se lo considera como sujeto de d.i., por lo tanto no sería susceptible de adquirir derechos, incluso el que proporciona el mencionado art. 10º.

Según Wright,¹² la admisión en la organización mundial incluso tiene el alcance de un reconocimiento objetivo, que él denomina reconocimiento general, que confiere al Estado un status objetivo, que no afecta la falta de reconocimiento por una parte de los miembros de la comunidad internacional. Otra forma del reconocimiento general sería el reconocimiento por todas las grandes potencias y todos los Estados vecinos.

Para consolidar esta norma consuetudinaria que emergió de la práctica de la SDN, Noruega propuso en la Conferencia de San Francisco, el 3-5-1945, una enmienda que atribuiría a la ONU la facultad de otorgar y retirar el reconocimiento a los Estados y los gobiernos, pero este proyecto fue rechazado. Este rechazo no fue en sí grave, teniendo en cuenta que el Pacto de la SDN tampoco tenía una norma escrita semejante. La ONU se apartó expresamente de la norma consuetudinaria observada por la SDN, en su resolución del 14-12-1950.

Más grave fue el rechazo de la norma adoptada por la SDN por un gran grupo de Estados miembros. Los Estados árabes no aceptaron

¹⁰ Esto se confirmó también por el voto negativo de la asamblea de la SDN, que rechazó la declaración de Colombia, en la que ésta manifestó su disposición a ingresar en la SDN, con la reserva de que tal actitud no implicaba, por su parte, el reconocimiento automático de todos los demás miembros de la liga (concretamente, quería evitar el reconocimiento de Panamá, provincia colombiana separada de ella en 1903 con ayuda norteamericana).

¹¹ Scelle, *l'admission des nouveaux membres dans la SDN par l'assemblée générale*, en RGDI, 1921, ps. 122-138.

¹² Wright, 1950, 548 550. No es sin embargo una norma del d.i. positivo.

que la admisión a la ONU de Israel sea interpretada como el reconocimiento de aquel Estado por su parte. Esta vez ya no se trata de un no-reconocimiento meramente declarativo, como en el caso de la reserva colombiana de 1920. Los Estados árabes trataron a Israel *par non est* y no reconocían ninguna obligación a su respecto, ni en virtud del d.i. común, ni de la propia Carta,¹³ como debería ser la aplicación del principio de la prohibición del uso de la fuerza que establece el art. 2º inc.4º.¹⁴

Negar a la organización mundial la facultad de otorgar el reconocimiento a los nuevos Estados constituye un notable retroceso en el d.i., incluso en comparación a su Estado previo a la creación de la SDN durante el predominio del concierto europeo.¹⁵

El reconocimiento para un determinado propósito o reconocimiento funcional: Es una institución nueva, que carece de precedentes, aunque no de analogías: el reconocimiento de la beligerancia está limitado al propósito de la guerra. También el reconocimiento de hecho se lo otorgaba limitándolo a ciertos propósitos, según puede verse del texto del reconocimiento de hecho de los tres Estados bálticos por el Consejo Supremo aliado.¹⁶ Sin embargo, este era un reconocimiento limitado en el tiempo.

Al contrario, el reconocimiento funcional estadounidense ha sido una práctica recurrente, lo que es susceptible de perturbar gravemente las relaciones jurídicas internacionales, relativizando aún más la institución del reconocimiento internacional, ya de por sí bien compleja. Un nuevo Estado podía ser reconocido por un gobierno con tal propósito, y por otro gobierno con tal otro, de modo que el reconocimiento podía

¹³ Pasa por alto este retroceso Verdross (1963, p. 189)

¹⁴ El art. 10º del Pacto coincide aproximadamente con el art. 2º, párrafo 4º de la Carta: los estados miembros se comprometen a abstenerse de la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia de cualquier estado. Los estados árabes niegan esta obligación respecto de Israel, tratándola *par non est*, como no existente.

¹⁵ En el siglo XIX fue el concierto europeo quien realizaba consultas respecto del reconocimiento de los nuevos estados, lo que equivalía a la aceptación del nuevo miembro en la comunidad internacional proporcionándole de hecho un status objetivo, aunque teóricamente se lo consideraba al proceso como una simple suma de varios reconocimientos individuales.

¹⁶ Comunicación al jefe del gobierno provisional ruso Alte. Kolchal, del 25.5.1919 (citado y comentado en: Halajczuk, 1963, t. 12/4, p. 629).

desembocar en una maraña embrollada de intereses y propósitos apenas distinguibles (Caso chino, entre otros).

38. Interpretaciones del reconocimiento

Una serie de problemas controvertidos se plantea en materia del reconocimiento de los Estados:

1) Si el Estado es sujeto de d.i. desde el momento de su formación efectiva o tan sólo desde el acto de reconocimiento. O sea si el reconocimiento es constitutivo o declarativo.

2) Si el reconocimiento es obligatorio o discrecional.¹⁷

3) Y por fin una cuestión que ya hemos abordado: si el reconocimiento individual, por cada Estado separadamente, no es un procedimiento propio de un derecho primitivo que debe eliminarse en la medida de su institucionalización.

A. Político y jurídico

Rousseau reduce esta doble disyuntiva en una sola: el reconocimiento puede ser:

1. un acto *político* de alcance constitutivo o atributivo que otorga la personalidad internacional al nuevo Estado, de carácter individual, por cada uno de los terceros Estados, y discrecional. Por ende, puede otorgarse el reconocimiento con distintas modalidades a término o condicionalmente.

2. un acto *jurídico*, lo que significa que: a) su alcance es meramente declaratorio, b) debe ser colectivo, vale decir, emanar del conjunto de las grandes potencias que tienen la responsabilidad de la conducción política mundial, c) obligatorio, d) puro y simple, no subordinado a condiciones ni términos.

Otra clase de distinción entre el reconocimiento jurídico y político lo hace Kelsen¹⁸ quien distingue dos funciones diferentes al mismo acto denominado "reconocimiento":

1) El reconocimiento *jurídico*: tiene por función la comprobación de

¹⁷ Véase n. 40.

¹⁸ Kelsen, 1959, ps. 230-232.

que la comunidad reconocida es un Estado en el sentido del d.i.

2) El reconocimiento *político*: constata la disposición para entrar con el Estado reconocido en relaciones políticas y otras que normalmente existen entre los miembros de la familia de las naciones.¹⁹

B. Constitutivo y declarativo

El interés doctrinal se interesa por saber si el flamante Estado llega a ser sujeto de d.i. en el momento de su formación (o, más exactamente, desde la terminación del proceso de su formación), o recién desde el momento de su reconocimiento. Aquí se enfrentan dos teorías:

1) La teoría constitutiva o atributiva considera el reconocimiento como una especie de investidura (al decir de George Scelle) que la comunidad internacional otorga por intermedio de sus órganos descentralizados que son los Estados.

2) Según la teoría *declarativa*, el Estado es sujeto de d.i. desde su surgimiento y los terceros Estados, al reconocerlo, se limitan a la comprobación de su personalidad internacional. De tal modo la función de los Estados sería judicial o casi-judicial, ya que en algunos casos podría reducirse incluso a una función notarial.

Cada una de las teorías invoca en su apoyo distintos argumentos, pero ninguna de ellas encuentra una plena confirmación en el d.i. positivo. Los partidarios de la teoría constitutiva alegan que previamente al reconocimiento, el Estado no tiene ninguna posibilidad de manifestar prácticamente su personalidad internacional. Nadie intercambia con él a los representantes diplomáticos, ni firma tratados, ni acepta pasaportes u otros documentos que el nuevo Estado emite; por lo tanto, ¿en qué se manifestaría su calidad de sujeto de d.i.? El otro bando contesta que, una vez que el nuevo Estado recibe el reconocimiento, éste tiene efecto retroactivo, desde el momento de su formación.²⁰

¹⁹ Consideramos la señalada distinción como un meritorio intento de elevar la institución del reconocimiento internacional por encima de una lamentable arbitrariedad, sin caer en el dudoso angelicismo de pregonar una amistad impuesta a golpes de martillo. Hacemos alusión a los "principios de d.i. referentes a las relaciones de *amistad* y a la *cooperación* entre los estados", de cuya elaboración está encargado un comité especial de la ONU. Véase n° 25 b.

²⁰ México fue reconocido responsable por ciertos actos anteriores a su reconocimiento: véase Moore: *Arbitrations*, t. 4, ps. 3426-3432. Kelsen cita un caso se-

La teoría constitutiva del reconocimiento del Estado es anterior. Sus partidarios son Triepel, Anzilotti, Strupp, Hold von Ferneck, Kelsen —en los últimos años de su vida— y Lauterpacht. Entre los internacionalistas que atribuyen al reconocimiento un alcance meramente declarativo cabe mencionar a Strissower, Heilborn, Diena, Fedozzi, Kunz, Verdross.²¹

39. Sujetos del reconocimiento

Es distinta la naturaleza del reconocimiento por el Estado desmembrado (la madre patria) y por los terceros Estados.

En cuanto a estos últimos, su facultad de otorgar o de rechazar el reconocimiento puede deducirse del hecho que el surgimiento de un nuevo Estado es susceptible de afectar en gran medida sus intereses.²²

Bien entendidos, ellos no son comparables con los intereses del Estado amenazado por el desmembramiento, como consecuencia de las

mejante (de la práctica diplomática y no arbitral) respecto a la responsabilidad de Israel previamente a su reconocimiento (1958, ps. 235-236, nota 53). Como ninguna de las dos teorías fundamentales es satisfactoria, persisten las búsquedas. Por ejemplo, Charpentier introduce un elemento nuevo, la oponibilidad. Según él, el reconocimiento constitutivo donde la situación reconocida no corresponde a la situación efectiva; por ejemplo el que reconoce a un estado que no existe en realidad, compromete su responsabilidad internacional, y por lo tanto este reconocimiento produce un efecto constitutivo.

²¹ Verdross, 1963, ps. 186-187. Cita el fallo arbitral de 1929 en el caso de *deutsche continental Gesellschaft*: "...el reconocimiento de un estado no es constitutivo sino simplemente declarativo. El estado existe por el mismo y el reconocimiento no es mas que la comprobación de esta existencia..." Pero según el voto separado de un miembro del tribunal arbitral Bruns, "el reconocimiento de un nuevo estado significa que los estados que lo reconocen le otorgan la calidad de una persona jurídica; lo admiten en la comunidad internacional como miembro".

²² Las razones del rechazo pueden ser también de otra índole, especialmente económicas. Un estado económicamente poco desarrollado, pero con abundantes recursos naturales presenta un interés evidente para los estados exportadores del capital. Cuando ya está estabilizado y consolidado, ofrece garantías para las inversiones que, quizás, no podrán proporcionar los estados nuevos en el caso de que, antes de consolidarse, pasen por la fase de la *balcanización*. Tampoco se sabe de antemano, qué régimen económico adoptará el nuevo estado, y por lo tanto, si las inversiones no se verán amenazadas por la nacionalización, al menos así acontecía en los años sesenta y setenta. De tal modo existe toda una serie de intereses de distinta índole que pueden verse seriamente afectados por el surgimiento de un nuevo estado.

tentativas emancipadoras. En tal caso, está en juego una parte, más o menos importante, de su territorio con los recursos naturales y los capitales invertidos, y una parte de la población. El reconocimiento por parte del Estado desmembrado significa la renuncia²³ a parte de su territorio. En cambio no implica ninguna renuncia semejante el reconocimiento por los terceros Estados.

Y que, por supuesto, los terceros Estados, al otorgar el reconocimiento ya no podrán ser acusados de un reconocimiento prematuro, que es una intervención en los asuntos internos de un Estado, por lo tanto un delito internacional. Pero el reconocimiento por el Estado desmembrado no es una condición necesaria; basta que él no haga ningún intento efectivo para recuperar al país emancipado, para que los demás Estados puedan reconocer a este último. Si el país separado carece de continuidad geográfica con el Estado desmembrado, o sea si es su colonia y no una provincia, el reconocimiento suele a veces postergarse indefinidamente; por ejemplo, España otorgó el reconocimiento a las repúblicas hispanoamericanas emancipadas recién en 1836.²⁴

Formas: Hay dos formas de otorgar el reconocimiento: la explícita y la tácita:²⁵ Se otorga *explícitamente* el reconocimiento por medio de una expresión de voluntad gubernamental, una nota, declaración, decreto, ley, etc., según la preferencia del respectivo Estado. Pero puede hacerse también un reconocimiento *tácito*, por actos concluyentes. El derecho de enviar y recibir a los embajadores es exclusivo del Estado como sujeto de d.i., por lo tanto se reconoce al nuevo Estado reconociéndole el derecho de legación. No es tan concluyente la firma de un tratado con el nuevo Estado, tampoco la invitación a una conferencia internacional, o enviar allí a su cónsul.

En esta materia existe un margen dudoso, hay situaciones que se prestan a interpretaciones contradictorias. A veces se otorga a propósito el reconocimiento tácito en forma equívoca, para quedar bien con el nuevo Estado y la madre patria. Si el nuevo Estado no logra estabilizarse, se afirma que nunca fue reconocido.

²³ Véase Halajczuk, 1956, ps. 244-250.

²⁴ "Un orden jurídico nacional comienza a ser válido desde el momento en que cobra la efectividad" (Kelsen, 1965, p. 295).

²⁵ Destaca este aspecto Alexandrovicz-Alexandre en *the quasi-judicial function in recognition of states and governments* (1952). El reconocimiento consiste en la "averiguación de actos- condiciones o de hechos condiciones", según Scelle (1944, p. 121).

40. Criterios del reconocimiento

A. Efectividad y estabilidad

De acuerdo a las normas establecidas en el siglo XIX, no existía la obligación de reconocer a un nuevo Estado. Pero existía el deber de abstenerse del reconocimiento prematuro o sea de *reconocer como Estado* lo que todavía no *era Estado* o no correspondía al concepto de Estado de acuerdo al d.i., vale decir si carecía de efectividad. Pero no es necesario que en este caso el territorio sea exactamente delimitado; la fijación de los límites podía demorar mucho entre el nuevo Estado y la madre patria o, eventualmente, con otros Estados que se emanciparon simultáneamente. Este último caso se presentó al emanciparse América española: hasta ahora, más de un siglo y medio después de la emancipación, quedan numerosas franjas fronterizas en litigio. Por ejemplo entre Perú y Ecuador, etc..

Además de la existencia efectiva de un nuevo Estado algunos gobiernos exigían también su estabilidad. No basta que el nuevo Estado exista en este momento, sino que es preciso que sea estable. Esta condición la impuso la Liga de las Naciones a los nuevos Estados que se separaron de Rusia en la época de la revolución.

A primera vista parece ser una condición razonable la de exigir la estabilidad, pero plantea dudas cuando la miramos desde la perspectiva histórica. ¿Quién puede predecir si un Estado será estable o no? ¿Quién podía imaginarse que, por ejemplo, Alemania prácticamente desaparecería en 1945 y que recién en 1952 sería reconstruida como dos Estados? ¿Quién hubiera imaginado que Francia iba a ser totalmente ocupada por Alemania, y también la lejana Noruega? Y después de haber vivido la férrea división del mundo en dos bloques, quien hubiera soñado, antes de 1989 en la unificación alemana.

Y por otro lado, ¿quién hubiera pensado que sobreviviría, intacta, a la Segunda Guerra Mundial, Turquía, que en el pasado fue llamada "el hombre enfermo de Europa", ya que durante más de un siglo estuvo amenazada por la anexión rusa y que al final de la Primera Guerra Mundial tenía que ser totalmente repartida?. Sin embargo, Turquía resistió perfectamente a las presiones de ambos bandos y conservó su neutralidad intacta. Por lo tanto es difícil predecir si un Estado es estable o no.

Para poder reconocer a un nuevo Estado, los demás deben comprobar que existe efectivamente, correspondiendo de tal modo a las

condiciones que el d.i. impone al reconocimiento. De allí que con razón se considera el reconocimiento como un acto jurídico o casi jurídico. Pero la necesidad de tal averiguación no existe si la propia madre patria ya reconoció al nuevo Estado, comprobando de tal modo su existencia efectiva y renunciando a los intentos de recuperarlo por la fuerza (lo que pondría bajo interrogante su estabilidad). En tal caso los terceros Estados no enfrentan ninguna tarea jurídica sino más bien administrativa.

B. Legitimidad

Al criterio de la efectividad se le contraponen el de la legitimidad. Este criterio tuvo vigencia en la época de la Santa Alianza, época en que se consideraban ilegítimas no sólo las revoluciones internas que quitaban el poder a los monarcas (Italia), sino también los movimientos separatistas, ya que dañaban a las dinastías.

Volvió a este concepto de la legitimidad en otra versión, el presidente estadounidense Woodrow Wilson, al terminarse la Primera Guerra Mundial. Para Wilson este concepto significaba que a cada pueblo que carece de Estado hay que satisfacerle sus aspiraciones nacionales, pero sin que esto afecte la paz internacional. Este principio se aplicó prácticamente sólo contra los Estados vencidos: Austria, Hungría, Turquía y Alemania (véase N° 30).

El principio de autodeterminación fue aplicado después de la Segunda Guerra Mundial, mediante la descolonización de Asia y Africa, pero luego se aplicó como una norma general. Si una colonia exige la emancipación se tarda poco en reconocerla; únicamente se resistieron a ello Portugal y Francia durante la Cuarta República antes del gobierno de De Gaulle. En cuanto al requisito de la estabilidad todavía existen algunos Estados de una estabilidad harto dudosa como algunos Estados de Africa negra, carentes de todo sustrato humano homogéneo y sumidos en cruentas guerras civiles.

41. Reconocimiento de hecho

El surgimiento de un nuevo Estado puede realizarse como un acto, o bien como un *proceso*. El nacimiento de Singapur por ejemplo, fue un solo acto, mientras que el nacimiento de las Provincias Unidas del Río de la Plata fue el resultado de un proceso prolongado. A veces ocurre

que el nuevo Estado ya cumple con las condiciones que plantea el d.i., en cuanto a la efectividad, pero surgen dudas en cuanto a su estabilidad. Por ejemplo, no cabría duda en cuanto a la existencia efectiva de las Provincias Unidas, pero existió el peligro de que sucumbieran ante una futura reconquista, mientras se hallaban las tropas españolas en Montevideo y en Alto Perú. Para las situaciones de tal índole existe una forma menor de reconocimiento: el llamado reconocimiento de hecho (de facto).

Es una materia muy controvertida en la doctrina. Los autores no coinciden en sus opiniones; hay quienes niegan esta institución y consideran que únicamente los gobiernos de facto se prestan a esta clase de reconocimiento, pero no así los Estados. Sin embargo, la práctica comprueba que hubo esta clase de reconocimientos.²⁶

En la doctrina, el reconocimiento de hecho se interpreta por lo general a la luz de una especie de cláusula resolutoria. El Estado preexistente reconoce al nuevo Estado pero se reserva el derecho de retirarle el reconocimiento si este último no se mantiene. Las críticas de esta interpretación objetan que si un Estado deja de existir se le retira el reconocimiento automáticamente. Poco importa que haya sido reconocido de derecho o tan sólo de hecho. En realidad hay diferencia: a un Estado reconocido sólo de hecho se le retira inmediatamente el reconocimiento, mientras que a un Estado reconocido de derecho se le da una especie de "hombres póstumos". Por ejemplo: los Estados bálticos que fueron incorporados a la Unión Soviética en 1940, conservaron en algunos países como Uruguay sus legaciones, hasta que recuperaron su plena soberanía después de la desintegración de la URSS en 1991.

²⁶ Por ejemplo, cuando EE.UU. reconoció a los nuevos estados hispanoamericanos, España protestó. En la contestación aclaró Washington que no se trataba de un reconocimiento definitivo e inclusive, Adams sentó una teoría de reconocimiento por hechos concluyentes: si se envía a un nuevo estado a un representante diplomático, se lo reconoce, pero si se envían únicamente cónsules, esto no implica ningún reconocimiento.

SECCIÓN X

RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS

42. Gobierno de hecho ante el derecho interno y el internacional. 43. América Latina. 44. Viejo Mundo. 45. Condición jurídica del gobierno no reconocido. 46. Gobierno de hecho local. 47. Estados fraccionados. 48. Gobiernos exiliados.

El reconocimiento de gobiernos sigue siendo una institución necesaria y de utilidad para permitir la normalización de las relaciones internacionales de un país sacudido por una revolución o un golpe de Estado que haya alterado la legalidad en la sucesión de sus autoridades en el ejercicio del poder. En América latina, donde antaño se formularon doctrinas sustentadas por distintos intereses y tendencias en torno a la procedencia o no del reconocimiento de gobiernos surgidos inconstitucionalmente, se entró primero, en un proceso de retorno a las instituciones democráticas, y luego en la consolidación democrática, a partir del fin de las dictaduras militares en los años ochenta. Por lo tanto, los Estados americanos, en forma individual —por disposiciones de su derecho interno—, o colectiva, en declaraciones de asociaciones de carácter político como el Grupo de Río, o de naturaleza regional, como en el MERCOSUR, han fijado posición en pro del sostenimiento de las democracias y sus instituciones en cada uno de los países del continente.

42. Gobierno de hecho ante el derecho interno y el internacional

Si un gobierno llega al poder por vía anticonstitucional, surgen dos problemas: 1) si necesita o no reconocimiento de otros Estados y, 2) en caso afirmativo, según qué criterio debe serle otorgado.

El análisis de estas cuestiones requieren tratamiento por separado. La segunda cuestión se sitúa exclusivamente en la dimensión analítica no así la primera. Aquí no puede pasarse por alto el objetivo que motivó el cambio revolucionario del gobierno (dimensión axiológica) y las circunstancias reales (dimensión sociológica). Por lo tanto la exami-

haremos exclusivamente para América latina y someramente en otras partes del mundo.

El problema del gobierno de facto se plantea ante el derecho constitucional y el internacional. Como sabemos, en el caso de un encuentro entre estos dos órdenes jurídicos puede aceptarse una solución monista o una dualista.¹

Una seria fundamentación monista, con supremacía del d.i., fue realizada por Sander en 1919² de acuerdo a la orientación de la escuela de Viena. Considera que ante un golpe de estado se produce conflicto entre dos órdenes jurídicos internos, el anterior y el nuevo, y puede comprobarse que es la solución dualista la que se impone en la práctica. A nivel constitucional, el litigio se soluciona sin la menor referencia al d.i.. Y a su vez, en el problema del reconocimiento internacional, se toma en cuenta el aspecto constitucional (o sea el origen del gobierno), pero no se lo considera como decisivo, dando prioridad al *principio de efectividad* propio del derecho internacional.

El gobierno es órgano del Estado. Es éste quien determina por su constitución, escrita o consuetudinaria su estructura, competencias, etc., y el procedimiento de ascenso al poder de aquél. Se necesita el reconocimiento tan sólo si el nuevo gobierno llega al poder por medios completamente distintos de los previstos en la constitución, ya sea por una revolución o por un golpe de estado, resultando, por ejemplo, irrelevante el fraude electoral.

Los motivos del cambio inconstitucional del gobierno pueden ser de distinta índole. En un extremo puede ubicarse un simple golpe de estado que se limita a un cambio de personas, sin modificar en lo más mínimo el régimen; y en otro extremo un cambio de la estructura del Estado, de carácter político, social y económico, tan profundo como en la revolución francesa o en la rusa, pero entre estos dos polos pueden distinguirse numerosos tipos intermedios.

En otro contexto (Nº 133) destacamos la diferencia fundamental que existe entre las revoluciones latinoamericanas tradicionales, de origen exclusivamente nacional, y otras que integran amplios movimientos revolucionarios transnacionales, o que, incluso, están instrumentadas desde afuera. No podemos perder de vista esta distinción al

¹ Véase Nº 4.

² Sander: "Das Factum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung", en Ö.Z.Ö.R. de 1919.

abordar los gobiernos que de ellas surgen. Sin embargo, para el propósito del presente subcapítulo, adoptaremos una clasificación distinta. Sólo abordaremos detenidamente la práctica latinoamericana que, por ser bastante continua, produjo toda una elaboración doctrinal; y nos referiremos brevemente a la situación en otros continentes.

43 América Latina

Si un gobierno llega al poder por una vía no prevista en la constitución del respectivo país, los demás gobiernos enfrentan la disyuntiva de reconocerlo por ser efectivo, o rechazarlo por su falta de legalidad constitucional. Se produce la opción entre el principio de constitucionalidad y el de efectividad; el primero arraigado en la dimensión axiológica y el segundo en la sociológica. La norma para seguir depende de la prioridad que se de a una o a otra.

Un gobierno revolucionario llega al poder, violando abiertamente la constitución, y sin embargo no se lo considera desde el punto de vista constitucional, como *par non est*. Ningún Estado puede existir sin un gobierno, constitucional o inconstitucional; por eso la jurisprudencia de los tribunales internos se inclina ante esta inevitable necesidad.³ Por ende, tampoco se puede rechazar de plano la validez de los gobiernos de facto en las relaciones internacionales, teniendo en cuenta que ninguna norma de d.i. universal prohíbe las revoluciones ni los golpes de estado.

La Doctrina Tobar, Betancourt y Estrada. Hubo dos intentos de incorporar al d.i., una norma que prohibía el reconocimiento de todo gobierno que llegue al poder por la violencia: primero en el orden jurídico europeo (que se identificaba en aquel entonces con el universal) y después en el americano. A fines del siglo XVIII y a principios del XIX, los gobiernos monárquicos rechazaron el reconocimiento a los gobiernos revolucionarios republicanos, tachándolos de “usurpadores” en nombre del principio de legitimidad. Este aceptaba como valor digno de protección incondicional al titular natural del poder que recaía en una dinastía y que invocaba en su favor al derecho natural y hasta al divino.

³ Véase: Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 1956, t. 6º: Forma de gobierno; hecho y derecho de la revolución; Bidart Campos: *Derecho constitucional*, t. 1º, cap. 9º: Situaciones de emergencia.

Se trataba de un valor completamente distinto, que protegía el principio de legalidad, o mejor dicho de constitucionalidad, enarbolado en la primera mitad de nuestro siglo por el presidente norteamericano Woodrow Wilson al avalar *la doctrina* que formuló en 1907 el canciller ecuatoriano Tobar. No prohibía, como hacía la doctrina legitimista, el reconocimiento de un gobierno revolucionario, sino que lo postergaba hasta el momento en que tal gobierno fuera convalidado *ex post*, por un sufragio popular. Esta doctrina fue incorporada al d.i. regional, a una parte del continente americano, por medio de convenios adicionales al tratado general de paz y amistad que firmaron por diez años (en 1907 y 1923) Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador, y que decían: "Los gobiernos de las altas partes contratantes, no reconocerán ningún gobierno que se establezca en una de las cinco repúblicas como consecuencia de un golpe de estado o de una revolución contra el gobierno reconocido, hasta que los representantes del pueblo, libremente elegidos, reorganicen el país constitucionalmente".

Es una doctrina específicamente centroamericana, que no puede alegarse ni para el reconocimiento de un gobierno centroamericano por un Estado extracontinental (por ejemplo el gobierno salvadoreño de Martínez por Francia y Gran Bretaña en 1936); ni cuando es una república centroamericana la que reconoce a un gobierno europeo (por ejemplo en 1936 Nicaragua y El Salvador al general Franco).⁴

Los Estados Unidos no aplicaron la doctrina Tobar a los gobiernos revolucionarios de América del Sur. Únicamente Wilson (1913 1920), la aplicó negándose a reconocer de 1913 a 1914 al gobierno del general Huerta, excluyendo a México, en 1919, de la invitación a adherirse al pacto de la SDN. Esto postergó hasta 1931, el ingreso de este país en la organización mundial.⁵

⁴ La jurisprudencia internacional ha confirmado el alcance espacial de este principio en la sentencia arbitral de 1923, relativa al caso *Tinoco* (litigio entre Gran Bretaña y Costa Rica). El árbitro Taft dijo: "El no-reconocimiento fundado en la ilegitimidad o en el origen inconstitucional no corresponde a una norma de d.i. y carece de asentimiento general. Concluyéndose que la firma por Costa Rica del tratado de 1907 no puede afectar a los derechos de los súbditos de un estado que no firmó aquel convenio y tampoco puede modificar las normas universales de d.i., en materia de reconocimiento".

⁵ En cuanto a Centroamérica, se negó a reconocer, entre los años 1917 y 1920 al gobierno de hecho del general Tinoco; por lo tanto Costa Rica, si bien declaró la guerra a Alemania, no participó en la conferencia de paz de Versalles y entró en la SDN recién a fines de 1920. Con prescindencia del ámbito de validez espacial y temporal de los convenios de 1907 y 1923, puede advertirse la aplicación de la

Una variante de la doctrina Tobar podía considerarse la llamada *doctrina Betancourt*, derogada posteriormente por el presidente Caldera. Mientras perduró su vigencia, Venezuela rechazó el reconocimiento de todo gobierno de origen inconstitucional, no saneado por elecciones.

La *doctrina Tobar* tenía en vista con criterio regional, la protección de los gobiernos constitucionales contra su derrocamiento por dictadores ambiciosos, en muchos casos despóticos e incluso sanguinarios, que no siempre distinguían el erario nacional de su fortuna personal; y que, en el pasado, por lo general se identificaban con los círculos reaccionarios, cuyos intereses clasistas defendían contra todo intento de reforma. Por lo tanto, lo que ella protegía era algo más que lo meramente legal (la llamada democracia formal).

Sin embargo, Wilson carecía de competencia formal (como jefe de una potencia ajena), para una efectiva defensa del señalado valor, como su predecesor, Theodore Roosevelt. Por lo tanto, su intento fue rechazado como una nueva versión de la *big stick policy*, por idealistas que fueran sus auténticas intenciones. Dicho sea de paso, igualaba a Roosevelt en el afán de realizar intervenciones militares.

Ante el no-reconocimiento del gobierno de Huerta por Wilson, los mexicanos consideraron su conducta como una ofensa gratuita y sumamente dañina. El canciller mexicano *Estrada* rechazó la doctrina Tobar, contraponiéndole en 1930 su propia doctrina, que dio a conocer bajo la forma de una circular dirigida a los representantes diplomáticos mexicanos, anunciándoles la nueva política que seguiría el gobierno. Tomó como punto de partida la comprobación del hecho notorio de que México sufrió, particularmente, las consecuencias de la práctica arraigada hasta aquel entonces en América, la que de hecho otorgaba a los gobiernos extranjeros la prerrogativa de decidir acerca de la legitimidad o ilegitimidad de sus gobiernos, lo que lesionaba la soberanía nacional. La circular somete esta materia a un detenido análisis jurídico e informa a los representantes diplomáticos, que el gobierno mexicano no está dispuesto a observar esta práctica a partir de entonces. En el caso que se produjera el cambio violento de gobierno en algún país extranjero, México no plantearía el dilema de si debe reconocerlo o no, o si debe continuar las relaciones diplomáticas con él

doctrina Tobar con relación a nuestro país, cuando el gobierno de Perón fue reconocido tan sólo después de haber ganado las elecciones de 1946, recibiendo de tal modo investidura constitucional.

o interrumpirlas. De tal modo la doctrina Estrada rechaza prácticamente, el principio de legalidad constitucional, optando por el principio de efectividad porque el valor que protege es la soberanía.

Cabe mencionar, que también la doctrina soviética (Euguenév, Lazarev, Feldman) valoraban la doctrina Tobar negativamente, ya que consideraban que la aceptación de un gobierno de hecho legitimado por medio de elecciones de dudosa legalidad, debe rechazarse, como expresión de una interferencia en los asuntos internos.⁶

Para la valoración de la *doctrina Estrada*, no debe buscarse su sentido en la dimensión axiológica sino en la sociológica, un escepticismo que no se refiere al valor de la legalidad constitucional sino a la factibilidad de su protección por medio de una institución de d.i., que es el reconocimiento. Su doctrina se funda en una experiencia hondamente vivida.

Algunos Estados de América Central, nos brindan la demostración de cómo una simple dictadura familiar (Trujillo, Duvalier) podría perfectamente atrincherarse detrás de apariencias democráticas. Y alguna experiencia más cercana, sugiere la conclusión de que a veces resulta imprescindible recurrir al modelo del ponderado *dictador* romano para eliminar ciertos anacronismos en las estructuras y la organización de un país democrático. Por lo tanto, en ninguna unidad de la comunidad internacional puede proscribirse la revolución. Y tampoco puede encauzarse por medio de una institución internacional su derecho al reconocimiento, pues la materia es demasiado compleja. He aquí el gran mérito de la doctrina Estrada. México observa fielmente esta doctrina; trata los golpes de estado en otros países *por non est*, como acontecimientos que no le interesan de ningún modo. Las demás naciones del continente la aceptaron en principio, pero la aplicaron con distintos procedimientos: otorgando el reconocimiento a un gobierno que llegaba al poder por vía no constitucional, después de haber examinado cada caso a la luz de la peculiaridad de las relaciones continentales. Venezuela abandonó por algún tiempo la aplicación de la doctrina Estrada, proclamando la de Betancourt, que *grossomodo* coincide con la de Tobar. Como Betancourt era el primer presidente electo después de prolongadas dictaduras en su país, veía la democracia seriamente amenazada por la izquierda y la derecha y se proponía implantar la incorporación en el d.i. americano de la prohibición del

⁶ Véase Frenzke, 1967, p. 148.

reconocimiento de los gobiernos inconstitucionales. Venezuela observó hasta la primera presidencia de Caldera esta norma.

Revisando las doctrinas latinoamericanas en materia de reconocimiento de gobiernos, resulta interesante analizar la esbozada por Jiménez de Aréchaga, quien al referirse a la tesis jurídica del reconocimiento, como instituto regulado por el d.i., señala tres requisitos para su procedencia: 1. la efectividad, basada en la aquiescencia de la población; 2. la responsabilidad, como aceptación de las obligaciones internacionales de su Estado; y 3. el surgimiento del gobierno en conformidad con el d.i., o sea no tiene que constituir una situación resultante de una violación al d.i. Pero además, destaca que no constituye un requisito para la procedencia del reconocimiento "la legitimidad". Al respecto aclara que hay que diferenciar entre legitimismo y legitimación. El primero proclama el no reconocimiento de los regímenes de fuerza. La Doctrina. Tobar sostiene el legitimismo democrático, y su aplicación práctica dio lugar al desconocimiento por parte de EE.UU. de los gobiernos del general Tinoco en Costa Rica y del general Huerta en México, entre otros ejemplos. En consecuencia, esta postura resulta contraria al d.i. por violar el principio de no intervención en los asuntos internos de los países. La doctrina de la legitimación admite el reconocimiento siempre que los regímenes de fuerza restauren los principios constitucionales y reorganicen el país en forma constitucional. Tal fue el caso de los tratados centroamericanos en 1907 y 1923. Según Jiménez de Aréchaga "este criterio también es violatorio del d.i., porque conduce necesariamente, en la práctica a una intromisión indebida en los asuntos internos de los Estados", y se refiere a la injerencia de EE.UU. en la política nicaragüense con fundamento en el tratado de 1923. El sistema vigente en las relaciones panamericanas impone la obligación de asegurar el ejercicio efectivo de la democracia representativa como obligación internacional, pero el modo, el momento, la forma de darle cumplimiento es un problema privativo de cada país, por lo que no se justifica retener el reconocimiento hasta que se asegure el ejercicio efectivo de la democracia representativa. Será bastante con que el nuevo gobierno anuncie su compromiso de acatar esa obligación y siempre que esas manifestaciones no sean desmentidas por los hechos. Los terceros Estados tendrán el deber de reconocer el nuevo gobierno.

En el plano político el Grupo de los Ocho que está conformado por los países latinoamericanos que accedieron a la democracia después de trágicas dictaduras militares, sostiene la conveniencia de sancionar con el no reconocimiento a los gobiernos de facto surgidos irregularmente

en los Estados quebrantando el orden constitucional. En el mismo sentido han asumido compromisos y emitido declaraciones los países del Mercosur, al aprobar la cláusula política con motivo de la amenaza del general Lino Oviedo a la estabilidad de la democracia en Paraguay en 1996. EE.UU. y la mayoría de los países integrantes del grupo de Río reconocieron durante 1990 y 1994 al gobierno de Haití asilado en los Estados Unidos.

44. Viejo Mundo

También fuera de América latina hubo numerosos casos de gobiernos que llegaron al poder por una vía no prevista en la constitución, escrita o consuetudinaria. Tal era el caso de Francia en 1792.

El gobierno soviético de Rusia, elevado al poder por la segunda revolución, en noviembre de 1917, fue reconocido por algunos Estados inmediatamente, por numerosos desde 1924 y por otros recién durante la Segunda Guerra Mundial. Los motivos de este atraso fueron la no aceptación por Rusia de una serie de condiciones que le planteó el Consejo Supremo de las Potencias Aliadas y Asociadas en Génova, el 6-1-1922. Se trataba de un conjunto de exigencias bastante heterogéneas, que abarcaba, por un lado, la restauración de la propiedad privada, el reconocimiento de las deudas prerrevolucionarias y, por otro, la renuncia a la propaganda subversiva, la agresión contra los países vecinos, etc.⁷

Otro caso semejante fue el chino. Aunque el gobierno comunista de aquel país controla todo el territorio continental desde 1949, no fue reconocido por numerosos Estados. Pero desde octubre de 1971 fue admitido en la ONU, donde China dejó de ser representada por el gobierno no comunista que controla únicamente la isla de Taiwan. Este cambio se operó en la inauguración del período de sesiones ordinarias

⁷ El problema del reconocimiento del gobierno soviético ha sido abordado por la doctrina soviética bajo un ángulo particular, encaminado a determinar si se trataba, en el fondo, del auténtico reconocimiento de un gobierno o, quizás, de un nuevo estado; por lo tanto cabe dentro de un contexto que examinamos en otro capítulo. En cuanto al tema del que nos estamos ocupando ahora, el internacionalista soviético Garanin, toma una actitud contraria a la aplicación exclusiva del principio de efectividad, pronunciándose en favor del de legitimidad, interpretando por tal el principio de la soberanía popular. Véase *Frenzke*, 1967, p. 147.

de la asamblea general de la ONU en setiembre de 1971, en oportunidad en que EE.UU. propuso su incorporación al organismo mundial.

Como fundamento del no reconocimiento del gobierno comunista de China por EE.UU. se invocó la confiscación de la propiedad norteamericana, privada y nacional, y arrestos infundados, o en un trato brutal, a los ciudadanos estadounidenses, incluso cónsules. Pero el auténtico motivo del no reconocimiento por numerosas potencias occidentales era la postura prácticamente nihilista, del régimen ante el orden internacional; su indomable agresividad ante el mundo exterior (incluso la URSS), que no parecía moderarse ni siquiera 20 años después de la dominación de toda China continental. Señalando estos hechos, el gobierno de los EE.UU. sostenía la tesis de que la sola efectividad no es suficiente para hacer el reconocimiento obligatorio. La doctrina norteamericana distinguió un doble criterio para el reconocimiento: uno objetivo (la efectividad) y otro subjetivo, la disposición del respectivo gobierno a cumplir las obligaciones jurídicas internacionales, disposición que el gobierno de Pekín negaba abiertamente.⁸

45. Condición Jurídica de un gobierno no reconocido

Reconocer un gobierno, significa que se considera que dicho órgano es competente para representar a su Estado, y que es responsable por él. Por ese motivo, se le entregan, al gobierno reconocido, los edificios de sus embajadas y de sus consulados, como también la disposición de toda propiedad del respectivo Estado situada en el territorio del Estado reconociente, así como de los muebles, inmuebles e incluso los depósitos bancarios, las inversiones, etc. Hasta el momento del reconocimiento los bienes estatales tienen una gestión provisional, por ejemplo a cargo del último embajador del gobierno depuesto. Tal era el caso de los bienes rusos en los EE.UU. Quedaron a cargo del embajador designado por el último gobierno ruso reconocido, el gobierno democrático republicano (que gobernó el país desde marzo a noviembre de 1917), y desde

⁸ Gerhard von Glahn: *Law among nations*, N. York, 1967, ps. 98-100. El descongelamiento de la relación en China se produjo a consecuencia de la gestión diplomática de Henry Kissinger que aplicó su teoría de la "real politic". El viaje del presidente norteamericano Nixon a China en 1972, culminó con el reconocimiento.

la dimisión de éste hasta el reconocimiento del gobierno soviético, estuvieron a cargo del agregado financiero de la embajada rusa.⁹

Se consideran nulos los actos de un gobierno no reconocido, por lo tanto se rechaza la visación de los pasaportes que él extendió, pero goza de la inmunidad jurisdiccional.¹⁰

El no-reconocimiento de un gobierno no constitucional implica la interrupción de las relaciones diplomáticas (a veces tan sólo el retiro temporal del embajador en cuyo lugar queda un encargado de negocios interino), y con frecuencia también de las consulares. No interrumpe la participación del Estado en la ONU ni en la OEA. Los tratados firmados por el Estado quedan en vigencia, aunque la interrupción de las relaciones diplomáticas puede producir la suspensión de su aplicación (caso de *Shipott contra Elte*). La jurisprudencia interna limita por lo general, la competencia del gobierno de hecho en cuanto a la conclusión de los tratados internacionales, a los que caben dentro de la gestión corriente de la administración y que son impostergables. Aunque el d.i. no impone ninguna limitación en esta materia los terceros Estados evitan por lo general, la firma de los tratados con un gobierno cuya competencia puede ser puesta en tela de juicio en el porvenir.

Un gobierno no reconocido no puede presentar reclamaciones ante otros Estados; pero compromete la responsabilidad de su Estado, por comisión u omisión.¹¹

Efectos y Clase del reconocimiento de gobiernos: El reconocimiento de un gobierno surte efectos retroactivos, según resulta de numerosos casos, como Luther contra Saghor, White Child y Beney contra Eagle Star, Bank of Etiopía contra National Bank of Egypt, Dougherty contra Equitable Life Assurance Society, Guaranty Trust Company contra EE.UU.

⁹ Cabe mencionar que el gobierno francés no se limitó a privar al gobierno soviético la disposición de sus haberes en el territorio francés. Como Francia (el fisco y los ahorristas franceses) resultó más perjudicada por las medidas soviéticas que cualquier otra nación, el gobierno de aquel país estaba particularmente preocupado por la ampliación de garantías y pidió embargo también para los depósitos que el gobierno soviético había constituido en los bancos suecos.

¹⁰ Caso de *Wulfsohn contra la R. S. F. S. Rusa*.

¹¹ No existe la obligación de aceptar una acción judicial que realiza un gobierno no reconocido, según las sentencias en los casos de la *R.S.S.F. Rusa contra Cibrario* y de *República de China contra Merchants' Fire Assurance Corporation of New York*. Véase N° 69 B.

Como el Estado, también el gobierno puede ser reconocido expresamente o por actos concluyentes. Sin embargo es bien diversa la problemática que presenta el reconocimiento tácito en los dos casos. Al reconocer tácitamente a un nuevo Estado, el tercer Estado desea evitar fricciones con el Estado desmembrado; en este caso se trata de entablar algunas relaciones con el gobierno no constitucional sin que esto implique el reconocimiento.

El reconocimiento expreso se hace por lo general unilateralmente, por una comunicación diplomática, nota, circular, pero puede efectuarse también mediante un tratado especial. El reconocimiento colectivo expreso es poco frecuente.

El reconocimiento tácito resulta normalmente, del intercambio de agentes diplomáticos o del mantenimiento de los que estaban en sus puestos. El envío o el mantenimiento de cónsules extranjeros de un determinado Estado en un territorio administrado por un gobierno de hecho no implica, necesariamente, su reconocimiento, porque aquella decisión puede explicarse por la necesidad de proteger a los nacionales.¹²

1) A veces el Estado interesado otorga, en tal situación, solamente un reconocimiento de hecho; así reconocieron Gran Bretaña e Italia al gobierno soviético. Pero a veces permanece inflexible, e incluye en los tratados plurilaterales una cláusula expresa que limita la adhesión a los gobiernos reconocidos por los Estados signatarios;

2) o bien se estipula expresamente que la adhesión por parte de un gobierno no reconocido no implica su reconocimiento tácito;

3) o se sustituye a los gobiernos por los Estados en la enumeración de las partes contratantes. Si un gobierno no reconocido forma parte en una conferencia internacional, por lo general se formulan reservas, aclarando que esta participación no implica el reconocimiento.

¹² Al acreditar un embajador ante un gobierno de hecho o recibir su embajador, no hay dudas acerca de la intención de reconocimiento por parte del estado que realiza estos actos. Por lo tanto, es meramente formal la diferencia entre esta forma del reconocimiento tácito y el reconocimiento expreso. Pero no puede interpretarse de la misma manera la firma de un tratado con un gobierno de facto o la participación, junto con él, en una conferencia internacional. En este caso la situación es muy distinta: un estado que rechaza decididamente el reconocimiento de un gobierno de hecho, no puede evitar ciertas relaciones prácticas con él; por ejemplo, Gran Bretaña no estaba dispuesta a perder el mercado de Europa oriental, y Francia no pudo renunciar a la repatriación de sus ciudadanos que quedaron allí como prisioneros de guerra.

¿Puede deducirse el reconocimiento de un gobierno de su admisión en la SDN o en la ONU? Este problema se planteó en el momento de la admisión de la URSS en la SDN en 1934 por 19 votos contra 3 y 7 abstenciones. Los que se opusieron y se abstuvieron se pronunciaron contra el reconocimiento automático por el hecho de la admisión.¹³ No se planteó tal problema, en relación con la representación del gobierno de la República Popular China en la ONU. El gobierno de Pekín ya estaba reconocido por gran parte de los Estados miembros de la organización e integrado a este organismo mundial. Un gobierno que llegó al poder por vía no constitucional puede también ser reconocido de hecho, a título provisional, en el caso de lucha civil.¹⁴ Además, durante el sistema bipolar, escindida la comunidad internacional, cada bloque postulaba sus propios conceptos de legitimación y legalidad.¹⁵ Aparece una nueva dimensión de la legitimación, la naturaleza del régimen interno y el modo en que se llegó al poder.¹⁶ Esta etapa se superó luego de la caída del sistema socialista soviético en 1991.

46. Gobierno de hecho local

Algunos internacionalistas distinguen dos clases de gobierno de hecho. El local, que controla todo el Estado, y el parcial, con el poder limitado a una región.¹⁷ Sin embargo las dos situaciones son demasiado distintas como para poder reducirlas a un solo concepto de gobierno de hecho.

El gobierno de hecho en sentido propio (llamado general), ejerce el poder sobre todo el territorio nacional. Su rival puede ser únicamente

¹³ Sin embargo la Corte de Comercio de Luxemburgo decidió, en su sentencia del 2-3-1935, que la admisión en la SDN de la URSS implicaba el reconocimiento de su gobierno por Luxemburgo.

¹⁴ Al otorgar esta clase de reconocimiento, se manifiesta la disposición de tratar con él tan sólo sobre la base y dentro de los límites del control de la administración del respectivo país, continuar las relaciones comerciales y proteger a sus conciudadanos y sus bienes. Pero no se toma ninguna actitud acerca de la idoneidad del gobierno para la representación internacional general de su país. Por ejemplo, el Reino Unido había otorgado esta clase de reconocimiento a los estados confederados secesionistas, durante la guerra civil norte americana, y los EE.UU. al gobierno del general Franco, antes determinar la guerra civil española.

¹⁵ Mariano Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Público*, T. II, p.110.

¹⁶ Hoffmann, 1961, Kaplan y Katzenbach, 1961, p. 468.

¹⁷ Como Kunz, *Anerkennung*.

el jefe del Estado o del gobierno derrocado que forma un gobierno en exilio o incluso permanece en el país pero no renuncia.

Al contrario, en el caso de un gobierno de hecho local el país está convulsionado por una lucha civil, hecho real que no puede negarse por tales o cuales consideraciones doctrinales, y que plantea ante los terceros Estados una opción inevitable. La prescindencia, o la neutralidad lo que implica el reconocimiento de beligerancia del llamado gobierno local de hecho. En los dos casos es completamente distinta la problemática que se plantea ante el d.i.

De tal modo un *gobierno de hecho local* sirve de denominador común para una serie de fenómenos de índole completamente distinta, con un solo rasgo común: *la efectividad limitada a una porción del territorio nacional*.

47. Estados fraccionados

A consecuencia de la post guerra en la segunda mitad del siglo presenciamos un fenómeno sin antecedentes: hubo dos Alemanias, dos Coreas, dos Vietnams, dos Chinas. Alemania y Vietnam ya se han reunificado, la primera pacíficamente, la segunda como resultado de la guerra. Corea está en serias tratativas de reunificación, y China también, aunque le demande más tiempo. Este último país ya logró reincorporar a su territorio a la isla de Hong Kong, que Gran Bretaña le devolvió el 1º de julio de 1997. El criterio adoptado es el de una Nación, dos sistemas. Esta situación, de notoria trascendencia política, plantea una cuestión jurídica: cada país fraccionado, ¿constituye un Estado con dos gobiernos? ¿O dos Estados distintos? Según nuestro parecer, la unidad era un objetivo *de lege ferenda*, determinado desde la dimensión axiológica, por la aspiración de una meta: limitar el fraccionamiento del cuerpo nacional. La situación en la década del setenta parecía agravarse en la dimensión sociológica, por la realidad. Al vivir por dos lustros bajo distintos regímenes políticos y económicos, cada una de las partes fraccionadas evolucionó hacia la formación de dos Estados distintos.¹⁸ De allí que el compromiso del gobierno chino

¹⁸ Los estados fraccionados estuvieron al margen de la ONU, pero los gobiernos reconocidos por la mayoría de los terceros estados participaban como miembros de organizaciones especializadas, y se los admitía en las conferencias especiales y en la firma de los convenios universales. Durante los debates acerca del Convenio sobre el derecho de tratados —primero en el seno de la Comisión de d.i. de la ONU y luego

de respetar el régimen económico y el sistema político de Hong-Kong sea trascendental y constituye una señal de los nuevos tiempos.

48. Gobiernos exiliados

Según la fundamentación de una sentencia estadounidense (*Moraitis contra Dolany*) “De ordinario, el Estado ejerce la soberanía tan sólo dentro del territorio que ocupa su pueblo; pero una situación diferente se presenta, cuando el enemigo invade el territorio y el gobierno se halla en el exilio... En tal caso, el gobierno exiliado toma el ejercicio del poder soberano únicamente sobre el pueblo.” Comentando esta sentencia, concluye Verdross¹⁹ que el gobierno exiliado carece de soberanía territorial y ejerce tan sólo la personal. Pero como cada porción de la superficie terrestre, salvo en alta mar, está sometida a la soberanía territorial de algún Estado, el gobierno exiliado puede ejercer sus funciones —aunque restringidas al ejercicio de la soberanía personal— únicamente con el consentimiento de algún soberano territorial.

Kelsen considera que el principio de efectividad no tiene aplicación en la determinación del status de los gobiernos exiliados. “El principio de efectividad no se refiere al control del territorio sino a los esfuerzos para retomar dicho centro”. En realidad, sólo excepcionalmente logra un gobierno, en el momento de buscar refugio en el extranjero, salvar del desastre alguna parte apreciable de sus fuerzas armadas y reorganizarlas ya en el exilio. En tal caso su potencial bélico es ínfimo en comparación con el de sus potentes aliados. Únicamente gracias a la victoria final de estos últimos—y no a la supuesta “efectividad de los esfuerzos” del propio gobierno exiliado, existe cierta probabilidad que éste retorne a su país y vuelva a ejercer funciones auténticamente gubernamentales. Tal es el caso en la Primera Guerra Mundial del

en la conferencia de Viena, en 1968 y 1969—, la URSS y otros estados comunistas reclamaban la aceptación del llamado principio de universalidad de los tratados, vale decir del derecho de todos los estado, a tomar parte en todos los tratados normativos universales. Lo único que lograron fue incluir, en el texto definitivo de la convención, el artículo 74, que estipula que la ausencia de las relaciones diplomáticas y consulares (o la ruptura de las mismas), no impide la celebración de tratados con los respectivos estados. De tal modo Alemania Oriental, Corea del Norte y Vietnam del Norte quedaron facultadas a la participación en los convenios nominativos universales.

¹⁹ Verdross, 1963, p. 245.

gobierno servio y en la segunda, de todos los ocupados, salvo el polaco y el yugoslavo.

Verdross cree divisar cierto eclipse del principio de efectividad y cita como prueba el hecho de que el gobierno exiliado sigue siendo considerado como el órgano del Estado ocupado, aunque no ejerce allí su poder.

Según Kelsen, para el reconocimiento de un gobierno exiliado juegan los principios generales vigentes en esta materia. Sin embargo pasa por alto el hecho de que ante la calificación del reconocimiento de un gobierno por el gobierno que le ofreció el refugio no existe la libre opción entre la teoría constitutiva y la declarativa. Esta clase de reconocimiento no puede tener otro carácter que el constitutivo,²⁰ porque tan sólo gracias a él, el gobierno puede ejercer su actividad en el exilio. Por ejemplo el gobierno polaco de Londres perdió su status gubernamental en el momento en que el gobierno británico le retiró el reconocimiento, reconociendo al mismo tiempo el gobierno de Varsovia.

Según Druker,²¹ el gobierno exiliado ejerce sus funciones en virtud de su derecho interno, pero la ejecución de sus derechos exige el acuerdo de la potencia titular de la soberanía territorial. Este acuerdo se concede, de ordinario, por tratado entre los dos gobiernos, que reglamenta la situación y el funcionamiento del gobierno en suelo extranjero.

Sea cual fuera la condición del gobierno exiliado y su fundamentación jurídica, ella termina con el fin de la guerra.²²

²⁰ Véase N° 38 B

²¹ Druker, 19, ps. 53-54.

²² Con razón comprueba Kelsen que desde ese momento en adelante no podrá considerarse a dichos gobiernos como el de un estado y que lo mismo fue de decirse acerca de los gobiernos constituidos en el exilio después de la terminación de la guerra.

CAPÍTULO III

COMPETENCIAS

SECCIÓN XI: Territorio

SECCIÓN XII: Territorio de la República Argentina

SECCIÓN XIII: Comunicaciones a través del territorio

SECCIÓN XIV: Mar

SECCIÓN XV: Espacio aéreo y ultraterrestre

SECCIÓN XVI: Responsabilidad

SECCIÓN XI

TERRITORIO

49. Soberanía territorial: A. *Gradación de la competencia territorial*; B. *Interpretaciones doctrinarias de la soberanía territorial*; C. *Restricciones generales*; D. *Condominio*. 50. Soberanía territorial sin supremacía o con supremacía restringida: A. *Modalidades*; B. *Ocupación militar*; C. *Arriendo de bases estratégicas*; D. *Cesiones disfrazadas*; E. *Capitulaciones*. 51. Delimitación: A. *Títulos*; B. *Procedimientos*; C. *Trazado de las fronteras*.

Ya nos hemos referido a la transformación que ha sufrido el concepto de soberanía en otros campos del d.i., pero corresponde aclarar que en materia de competencia territorial, no se han producido modificaciones conceptuales en los últimos 20 años. Por el contrario, se han definido a favor del Estado soberano situaciones especiales como las del Canal de Panamá, que a consecuencia de los Convenios Carter-Torrijos, volverá a la soberanía del país centroamericano a partir de 1999. También se han limitado los arriendos de bases estratégicas y las cesiones disfrazadas. Más aún en situaciones donde se planteó el conflicto entre dos principios, como el de la autodeterminación de los pueblos (cuando estos no son autóctonos), con el de la integridad territorial, se ha resuelto por la prevalencia de este último principio, como ocurrió con Hong-Kong que fue devuelto por Gran Bretaña a China, lo que constituye un interesante precedente para la situación de las Malvinas.

49. Soberanía territorial

A. Gradación de la competencia territorial

La competencia territorial del Estado es, en principio, muy amplia. Se extiende sobre todas las personas que habitan el territorio estatal e incluso sobre las que se encuentran allí provisoriamente, como también sobre las cosas y las consecuencias jurídicas de los hechos que

allí ocurren. En su versión completa, esta competencia se llama soberanía territorial, recae sobre el territorio nacional y accesoriamente sobre los espacios asimilados: el mar territorial y el espacio aéreo.

Este tipo de competencia, sin embargo, tiene ciertas restricciones: por ejemplo, las propias de las zonas marítimas contiguas. Las llamadas servidumbres internacionales constituyen también una restricción al ejercicio de la competencia territorial.

Las limitaciones pueden llegar a tal grado, que, en tales casos, la competencia territorial se reduce prácticamente a un *nudum ius*.

B. Interpretaciones doctrinarias de la soberanía territorial

Grocio sistematizó el d.i. aceptando como base el esquema del derecho civil romano; por lo tanto asimiló el territorio al concepto de *cosa* y el de soberanía territorial al de *propiedad*. Este criterio se ajustó al estado patrimonial, dominio de las dinastías y, por lo tanto, se arraigó hondamente en el pensamiento internacional de la época. Se conservó hasta el siglo XX, defendido por algunos internacionalistas como Oppenheim e incluso Lauterpacht. Sin embargo esta idea descansa en una lamentable confusión de conceptos. Este error se comprueba en la práctica, por ejemplo, al aplicarse el adagio latino *ex iniuria ius non oritur* a la *debelatio*, implicó la asimilación de territorio nacional a la propiedad.

Otros autores como Laband y representantes de la escuela positivista italiana, como Diena, Cavaglieri y Semma, por medio de la llamada *teoría real* de la soberanía, no tomaban debida nota que la soberanía implica el derecho al mando y que no puede mandarse a un territorio, sino a las personas que se hallan en él.

La soberanía territorial implica la facultad de excluir del territorio el ejercicio de cualquier otra competencia estatal. Ese exclusivismo se traduce especialmente en el monopolio de la fuerza o sea en la competencia coercitiva y en el ejercicio del poder jurisdiccional.

De allí puede llegarse a la llamada *teoría de la limitación*, que consiste en el establecimiento del límite material de la acción efectiva de los gobiernos, al decir de Duguit, o el marco dentro del cual se ejerce el poder estatal, según Carré de Malberg.

Esta teoría realista es negativa, ya que el territorio no es solamente límite para la competencia del Estado, sino un elemento del mismo.

En el laudo arbitral del caso *Las Palmas* Max Huber destacó que

la soberanía constituye un conjunto de poderes jurídicos del Estado que posibilita el ejercicio, en un espacio determinado, de las funciones que le son propias.

De tal modo, llegamos a la interpretación de la soberanía territorial a la luz de la *competencia*. No es una interpretación nueva, sino que ya ha sido enunciada en 1905 por Radnitzky, pero fue implantada por la escuela de Viena, con Kelsen, Verdross y Henrich.¹ La acogieron con ciertas variantes algunos internacionalistas de idioma francés como Basdevant, Scelle, Bourquin y Rousseau, que consideran al territorio como una porción de espacio en la que se aplica, con efectividad, un *determinado sistema de normas jurídicas*. Es la esfera de competencia especial del Estado, dentro de cuyo marco tiene validez el orden estatal.

Este criterio tiene la ventaja de corresponder a las tendencias actualmente dominantes en la literatura jurídica. Tiene el mérito de integrarse en el marco general de la técnica del derecho público, que interpreta las prerrogativas estatales como competencias atribuidas a los gobernantes para la realización de determinadas funciones de interés social. Explica mejor las cesiones territoriales (consideradas como simples transferencias de competencias entre los Estados interesados), y la naturaleza jurídica del territorio colonial con competencia territorial compartida, que se explica como competencias territoriales limitadas. Gracias a la ductilidad de la noción de competencia, esta teoría puede adaptarse a diversas situaciones territoriales concretas.

Otros autores consideran el territorio, como elemento constitutivo del Estado, un elemento objetivo del Estado personificado.² Forma parte integrante de su naturaleza y se halla afectado de modo exclusivo al ejercicio del poder público.

Otros como Rousseau rechazan esta doctrina porque se funda en la personalidad del Estado y arranca de una evidente confusión entre los conceptos de "condición" y "elemento", y es, además, incapaz de explicar de manera satisfactoria la mayoría de los fenómenos y las situaciones que plantea ante el d.i. el territorio estatal, por ejemplo, cesiones territoriales, casos de competencia compartida, etc.

¹ Véase Kelsen, 1959, p. 186.

² Véase N° 17, N° 21.

C. Restricciones generales

La soberanía territorial tiene una doble limitación, en la esfera personal y en la espacial.

Por un lado está restringida en cierta medida por la soberanía personal.³ Especialmente de acuerdo a una norma general de d.i. privado, la determinación del status personal y la capacidad jurídica de las personas que viven en el extranjero incumbe a la legislación de sus países de origen. Por lo tanto esta materia queda excluida de la competencia legislativa de los Estados.

Otra limitación general de la soberanía territorial la constituyen las inmunidades de los diplomáticos extranjeros que actúan en el país, con amplias restricciones a la competencia legislativa, jurisdiccional y coercitiva. Escapan a esa competencia las fuerzas armadas y los jefes de los Estados extranjeros que se hallan en el territorio nacional.⁴

Por otro lado la soberanía territorial está restringida por las llamadas servidumbres internacionales, que gravan el territorio nacional de un país en favor de otros Estados. Esta institución, de manifiesto origen iuscivilista, es controvertida. Algunos, como Rousseau, consideran que apenas es aplicable en la época contemporánea, y la limitan a la concesión de un derecho soberano, como se entendió en la sentencia arbitral del caso de *Pesquerías*. Otros la conciben en un sentido más amplio como Fenwick o Verdross, quien distingue:

1) *Servidumbres activas*, que facultan a ejercer ciertos derechos en el ámbito de la soberanía territorial de otro. El d.i. común reconoce únicamente el derecho de tránsito inofensivo por aguas territoriales. Otras servidumbres son convencionales.⁵

2) *Servidumbres pasivas* ⁶ que imponen la obligación de abstenerse del ejercicio de ciertas competencias: no alterar el curso natural de un río internacional; no permitir que el humo de las industrias cercanas a la frontera perjudique la población de un Estado vecino; en general observar el principio de buena vecindad.

Además de estas limitaciones generales de la soberanía territorial, los Estados asiáticos y africanos, sufrieron en el pasado restricciones

³ Véase N° 31

⁴ Véase N° 27.

⁵ Véase N° 62 B.

⁶ Véase el fallo de la CIJ en el caso del derecho de paso de los enclaves portugueses en la India.

muy amplias respecto a los ciudadanos europeos y americanos, en virtud del llamado régimen de capitulaciones que abordaremos más adelante.

D. Condominio

La competencia territorial pertenece a un solo Estado. Raras veces resulta compartida. El condominio se expresa en el ejercicio conjunto por dos o más Estados de autoridad en un territorio determinado. Este ejercicio directo de la cosoberanía constituye la esencia del condominio.

No es soberanía territorial, porque el condominio se define, precisamente, por la indivisión territorial de las competencias.⁷

50. Soberanía territorial sin supremacía o con supremacía restringida

A. Modalidades

La soberanía territorial es la competencia territorial, sometida por un lado a las restricciones respecto a la determinación del status personal y la capacidad de los extranjeros y, por otro lado, a las inmunidades diplomáticas. Pero, en algunos casos excepcionales sufre

⁷ El archipiélago de las Nuevas Hébridas, en el Pacífico, quedó bajo el condominio de Francia y Gran Bretaña (convenio de 1887, declaración y reglamento de 1888, declaración de 1904 y protocolo de 1914).

Sudán permaneció bajo el condominio anglo-egipcio desde 1899 hasta su emancipación.

Este vasto país pertenecía a Egipto desde 1821, pero se emancipó a consecuencia de la insurrección encabezada por Mahdi, en 1882. El ejército británico lo reconquistó en 1898 y en virtud del tratado que Egipto tuvo que firmar en 1899, Sudán quedó bajo el condominio de Inglaterra y Egipto cuyas banderas se izaban juntas. Egipto nombraba al gobernador general, con la aprobación británica, pero el titular de este cargo fue siempre un inglés. Las tropas sudanesas estaban bajo el mando de los oficiales británicos.

En 1951 el rey Faruk se proclamó "rey de Egipto y Sudán", pero Gran Bretaña no aceptó esta terminación unilateral del condominio. Los propios sudaneses (mejor dicho: su parte islámica, porque los negros del sur, paganos y cristianos, quedaron al margen del proceso emancipador) rechazaron la dominación egipcia y lograron la completa emancipación del país terminando así el condominio.

limitaciones tan amplias que prácticamente eliminan el ejercicio efectivo de la competencia.

Según la doctrina dominante, en este último caso, la soberanía territorial desaparece y queda tan sólo una competencia territorial limitada. Verdross recurre a otro esquema conceptual. Para explicar este fenómeno, asimila la soberanía territorial a la propiedad y para la analogía con la posesión, encuentra un concepto nuevo, el de *supremacía territorial*. Kunz comparte esta opinión y Kelsen identifica los dos conceptos.

No nos parece fundada la reducción de la soberanía a un "*nudum ius*" o sea al mero derecho de renunciar a ella, y su separación de las competencias estatales; divisamos aquí una excesiva propensión a distinciones analíticas propias de la escuela de Viena. Tampoco creemos correcto el recurso a toda una pesada y compleja construcción para explicar fenómenos excepcionales.

La soberanía territorial queda vaciada del ejercicio de las competencias territoriales normales en toda una serie de casos que pueden agruparse así: 1) Ocupación militar. 2) Autorización del soberano territorial al establecimiento de bases estratégicas, con recurso a la figura del arriendo. 3) Incorporación disfrazada bajo las instituciones de arriendo y de concesión.

En vista de la naturaleza teleológica del d.i., como de todo otro derecho,⁸ hemos realizado esta clasificación según los propósitos perseguidos y no según las instituciones del derecho civil o administrativo a que se recurre para definir las respectivas instituciones.

B. Ocupación militar

La ocupación militar de un territorio extranjero por uno o varios Estados implica la transferencia de ciertas competencias a la potencia ocupante. Pueden distinguirse varios tipos de ocupación armada:⁹

a) La ocupación de guerra u ocupación bélica, o sea la ocupación del territorio enemigo por un ejército beligerante en el transcurso de las operaciones bélicas. Uno de los convenios de La Haya establece el alcance de la transferencia de las competencias al ocuparla.

⁸ Véase Halajczuk, 1963, v. 4, N° 3, ps. 336-338.

⁹ Verdross, 1963, p. 231, presenta una esquematización de las distintas clases de ocupación.

b) La ocupación convencional de guerra, también en tiempo de guerra, pero en virtud de un acuerdo jurídico previo en el período de armisticio.

c) La ocupación pacífica en tiempo de guerra, ya de un territorio aliado, ya de un territorio neutral, por un ejército beligerante.

d) La ocupación militar de un territorio extranjero en tiempo de paz presenta en las más diversas modalidades: individual¹⁰ o colectiva;¹¹ convencional¹² o no convencional.¹³ Esta última puede tener propósitos coercitivos,¹⁴ de policía¹⁵ o de una intervención política.¹⁶ La ocupación a título de garantía de la ejecución de un tratado implica un reparto de competencias entre el Estado ocupado y ocupante.¹⁷

C. Arriendo de bases estratégicas

Consiste en el traspaso de ciertas competencias territoriales vinculado a necesidades bélicas. Se caracteriza por la limitada extensión territorial que comprende y por su naturaleza jurídica, que resulta asimilable a la de una institución del derecho civil: el arriendo.¹⁸

Los arriendos de este tipo fueron frecuentes durante y en las

¹⁰ Por ejemplo, de los Estados Pontificios por Francia, 1849-1970; de Egipto por Gran Bretaña.

¹¹ La isla de Creta por las potencias del Concierto Europeo, en 1897.

¹² Algunas ocupaciones han sido consentidas por los Estados ocupados.

¹³ La ocupación anglo rusa de Persia, durante las dos guerras mundiales; la británica de Irak durante la segunda guerra.

¹⁴ La ocupación por Francia de la región industrial alemana de Ruhr, de 1923 a 1925, para coaccionar a Alemania al pago de las reparaciones de guerra.

¹⁵ Como la ocupación francesa de Siria en 1860 y 1861, a fin de poner coto a las masacres de maronitas (cristianos) por los musulmanes; o la ocupación internacional del Congo en 1960; o la de la zona del canal del Suez en 1956. Cabe agregar que la ocupación japonesa de Manchuria se llevó a cabo bajo el pretexto de una mera operación policial contra los bandoleros manchúes (llamados "junjuz").

¹⁶ Como a principios del siglo XIX, las intervenciones de Francia revolucionaria en los Países Bajos, Suiza, Italia; de la Santa Alianza, España y algunos Estados italianos.

¹⁷ Organización del Tratado del Atlántico Norte y Organización del Pacto de Varsovia, véase N° 92 A y 93.

¹⁸ Sentencia de 1949, sobre bases aéreas en islas Bermudas.

postrimerías de la Segunda Guerra Mundial; pero hasta ahora los mantiene únicamente EE.UU.¹⁹

Estados Unidos obtuvo en la práctica derechos muy amplios en las bases. La jurisprudencia norteamericana asimilaba inicialmente los territorios recibidos en arriendo a "posesiones" de EE.UU., pero finalmente la Corte Suprema los ha considerado territorios extranjeros.²⁰

En América latina, EE.UU. obtuvo arriendo o cesión de bases estratégicas por parte de Ecuador, Cuba y Panamá, durante la segunda guerra mundial, que restituyó a las dos primeras en 1946 y a la última en 1948.

Durante la guerra de las Malvinas, en 1982, Gran Bretaña utilizó la isla Ascensión que estaba sujeta a este régimen.

D. Cesiones disfrazadas

La cesión en arriendo, era en realidad una cesión disfrazada de soberanía territorial: el Estado beneficiario ejercía la plenitud de la soberanía sobre el territorio en cuestión. Pero temporalmente, porque la cesión se efectuaba por un tiempo limitado (25, 50 o 99 años). La doctrina la calificaba de cesión administrativa, de servidumbre internacional, de anexión a plazo limitado, de traspaso de soberanía con condición resolutoria, o de condominio irregular.

Hasta nuestra época persisten dos casos de completa transferencia de la supremacía territorial a otro Estado: el de la zona del canal de Panamá y el de la base de Guantámano, en Cuba. El primero de los

¹⁹ En 1948, EE.UU. utilizaba cerca de 500 bases (288 en la zona atlántica y europea, 195 en el Pacífico y 11 en el océano Índico). Las principales son las bases aéreas en Gran Bretaña, en número de 30 aproximadamente. Además, los EE.UU. han concluido acuerdos de este tipo con Arabia Saudita en 1951, Japón en 1952 y España en 1953.

Gran Bretaña cedió a EE.UU. algunas bases en 1940 y 1941 en momentos particularmente críticos de la guerra recibiendo, como contrapartida, destructores americanos; además acordó por 22 años ciertas ventajas navales y aéreas en varias posesiones británicas (Terranova, Bermudas, Jamaica, Santa Lucía, Trinidad y Guayana Británica). El ejercicio de la competencia jurisdiccional definido por el acuerdo de 1941, fue posteriormente modificado entre ambos países.

²⁰ Sentencia del mismo año relativa a la base aérea *Terranova*.

nombrados está en vías de desaparición en 1999 en cumplimiento de los acuerdos Torrijos-Carter de 1979.²¹

En el pasado hubo muchos otros casos de cesión de la supremacía territorial, sobre todo por Turquía y China.²²

Jurídicamente, en China, las concesiones seguían siendo territorio chino: allí residían cónsules extranjeros y las potencias pagaban una anualidad al gobierno chino. Las potencias extranjeras ejercían allí competencias territoriales, administrativas y judiciales.²³

E. Capitulaciones

En los países no cristianos de Medio y Extremo Oriente, los extranjeros quedaban excluidos, casi totalmente, de la competencia del Estado territorial y sometidos, en gran parte, a la competencia de su Estado de origen, en virtud de las llamadas capitulaciones.

Turquía fue el primer país que aceptó el régimen de las capitulaciones pues se veía favorecido desde el concepto islámico del derecho de soberanía

En el derecho occidental se arraigó el principio territorial, propio del derecho romano: al Estado le están sometidas todas las personas

²¹ Una compañía francesa, fundada en 1876, obtuvo de Colombia la concesión para la construcción del canal de Panamá pero quebró en 1893 y transfirió sus derechos a una compañía norteamericana. Como el gobierno estadounidense no pudo llegar a un acuerdo con el colombiano, apoyó un movimiento secesionista en Panamá, que se separó de Colombia en 1903 e inmediatamente otorgó la concesión, cediendo a los EE.UU. la supremacía territorial sobre una franja de 16 kilómetros de ancho, por un monto fijo y una anualidad. La zona se hallaba a cargo de un gobernador estadounidense, dependiente del Secretario de Defensa. En la actualidad se está completando el paso de la administración a manos de Panamá.

²² Las concesiones chinas, instituidas por diversos tratados bilaterales entre China y las potencias extranjeras, entre 1840 y 1900, se dividían en dos clases: las concesiones en parte *extranjeras*, administradas por una o varias potencias extranjeras: francesa, inglesa, belga, norteamericana, etc., y las internacionales, como Shanghai. Las concesiones *chino-extranjeras* eran sometidas a un régimen mixto.

²³ Esta institución desapareció en varias etapas. Primero tuvieron que renunciar a sus concesiones las potencias centrales a consecuencia de la pérdida de la guerra de 1914. Entre 1919 y 1939 se restituyeron todas las concesiones: las rusas por el tratado chino-soviético de 1924; las británicas de Hankeu y de Kiukiang (acuerdos anglo-chinos de 1927), y la belga de Tien-Tsin (convenio chino-belga de 1929). La segunda guerra mundial terminó con las restantes concesiones

nacionales e incluso extranjeras, que se hallan en el territorio estatal. Al contrario, el derecho islámico observa el principio personal (con cierta analogía al derecho germánico).

Los súbditos turcos de otras confesiones quedaban bajo la jurisdicción civil de sus respectivos jefes religiosos, los cristianos ortodoxos del patriarca de Constantinopla y los judíos del gran rabino de Brussa.

A los extranjeros, el sultán los dejó bajo la jurisdicción de sus respectivos cónsules.

La razón era, pues, eminentemente jurídica, y no religiosa como afirman algunos tratadistas. Es una institución propia del derecho islámico.²⁴

A los acuerdos sobre capitulaciones, el gobierno turco los consideraba como instrumentos unilaterales y por lo tanto revocables, mientras los europeos los consideraban como convenios.

El régimen de capitulaciones descansaba en la renuncia de las autoridades otomanas a la jurisdicción sobre los extranjeros, quienes quedaban sujetos a la autoridad de sus cónsules. Las capitulaciones garantizaban a europeos y americanos: a) las libertades fundamentales (libertad de establecimiento, de circulación y de comercio, inviolabilidad del domicilio, libertad religiosa); b) ciertos derechos inmobiliarios; c) el derecho de autoorganizarse y administrarse por sí mismos, y d) la inmunidad de jurisdicción para determinados litigios. Eran de la competencia exclusiva del tribunal consular los litigios entre los extranjeros de la misma nacionalidad, y cuando los tribunales locales entendían en asuntos en que estuviera interesado algún extranjero, un funcionario consular (dragomán), participaba en los procedimientos.

La competencia penal pertenecía a los cónsules, con apelación ante las jurisdicciones nacionales. Esta diversidad de jurisdicciones de apelación imposibilitaba la unidad y la rapidez de la represión cuando los delincuentes pertenecían a nacionalidades diferentes.

El régimen de capitulaciones se estableció en *China* por una serie de tratados firmados en la segunda mitad del siglo XIX. Consistía en la jurisdicción consular cuyas modalidades variaban según los Estados; la apelación contra las sentencias consulares se elevaba a la jurisdicción nacional. El mismo régimen imperaba en materia penal. En las con-

²⁴ Aunque este derecho es de *tipo sacral* estrechamente vinculado con la religión, siendo el Corán su última fuente. Véase Halajczuk: *Historia de la organización política de Europa Oriental*, Roma, 1972.

cesiones extranjeras actuaban los tribunales mixtos, sobre todo en Shanghai.²⁵

51. Delimitación

Una vez establecido el contenido del concepto de soberanía territorial pasamos al estudio del establecimiento de la delimitación entre las soberanías territoriales de distintos Estados. Por un lado, abordaremos los criterios según los cuales se somete una porción del territorio a la soberanía de tal o cual Estado y, por otro, los procedimientos jurídicos respectivos.

En los dos planos será preciso tener en cuenta la distinción entre los territorios que ya se hallan bajo la soberanía de algún Estado y los que no pertenecían a ningún soberano. Estos últimos se delimitan por líneas rectas, según paralelos y meridianos.²⁶

A. Títulos

a) *Viejo Mundo*. Cabe tener en cuenta la distinción entre los procedimientos a que se recurre para atribuir a otro Estado la soberanía sobre un territorio litigioso (cesión, venta, permuta, prescripción, adquisitiva, adjudicación, conquista) y los títulos que se toman en consideración en los mencionados procedimientos. Estos títulos son distintos en los países que pertenecen desde antes a la comunidad internacional y los que recién se incluyen en ella.

En el primer caso, especialmente en Europa, la frontera es producto de un proceso histórico de largos siglos de duración, en cuyo transcurso distintas regiones limítrofes se incorporaron a tal o cual territorio nacional. Por lo tanto son raros los conflictos sobre límites entre Estados viejos, como el notorio caso de Alsacia y Lorena.²⁷

²⁵ En 1919-20 los Estados occidentales gozaban de esta clase de privilegios. En Japón terminó cuando se implantó allí una moderna administración, a la cual podían someterse también los occidentales.

²⁶ Son frecuentes las delimitaciones de esta índole dentro de algunos Estados federales: por ejemplo, entre los nuevos Estados en EE.UU., las nuevas provincias canadienses y las australianas.

²⁷ Pero surgen con frecuencia al crearse nuevos Estados: los balcánicos, como consecuencia del progresivo desmembramiento de Turquía, durante el siglo XIX y

b) *Nuevo Mundo*. En los países densamente poblados, los litigios de esta índole surgen ya en el momento de la emancipación, pero no así en los de población escasa o indígena. Más que un continente, América del Sur se presentaba en la época de la emancipación hispanoamericana, como una especie de archipiélago. Los núcleos urbanos diseminados se emanciparon y se integraron en nuevas naciones, sin que se planteara en esa oportunidad el problema de la delimitación entre ellas. Éste surgió con posterioridad y recién entonces se pensó en el criterio que sería aplicable en las negociaciones bilaterales o en la adjudicación. Con frecuencia se recurrió al principio del *uti possedetis*, aceptando como criterio la delimitación dentro del imperio colonial español, entre virreinos, intendencias y capitanías generales.

Es distinto el problema que plantea la colocación bajo tal o cual soberanía territorial de un espacio que carecía de ella hasta ese momento.²⁸

Distintos criterios se aplicaron sucesivamente a esta clase de espacios. El medio más antiguo para determinar los respectivos derechos de los Estados colonizadores fue la intención de la *Santa Sede*. El Papa Alejandro VI, mediante la bula intercaetera de 1493 dividió entre España y Portugal las tierras recién descubiertas, mediante una línea divisoria que iba de polo a polo, pasando por las islas de Cabo Verde. De tal modo el Papa atribuyó en bloque a Portugal las tierras situadas al este de dicha línea (África, Asia) y a España las del lado oeste (América y parte oriental del Pacífico).

Los Estados excluidos del reparto —Francia, Inglaterra y Países Bajos— se negaron a reconocer la bula, a pesar de que la propia bula amenazaba de excomunión a los soberanos que no la aceptaran. La

comienzos del XX, y centroeuropeos, después de la segunda guerra mundial. Antes que los nueve vecinos se acomoden, pasan por una lamentable fase de "balcanización", o sea de interminables conflictos que resultan del choque entre distintos criterios: el étnico, el económico, el estratégico, el histórico, etc. Este tema también lo abordamos desde la perspectiva del derecho de los pueblos a la autodeterminación.

²⁸ Eran islas deshabitadas y espacios que carecían de una organización estatal, cuyas poblaciones no pasaron de una organización tribal. Pero se han asimilado a ellos algunos auténticos Estados indígenas, como eran los imperios americanos precolombianos. Mientras el imperio azteca ofrecía, por lo menos, un pretexto para negarle la calidad de Estado, por su notoria crueldad, el imperio incaico se distinguía por una organización muy adelantada. Con razón afirmaba Vitoria que el título español para anexarlos carecía de un fundamento más serio que el título azteca o incaico para anexar a España. Sin embargo el criterio vitoriano no se arraigó, incluso hasta el siglo XIX.

reforma debilitó la autoridad de la Santa Sede rompiendo la unidad europea. Grocio consideraba que las bulas pontificias sólo tenían un efecto relativo limitado a los Estados beneficiarios, pero que no podían alegarse frente a terceros Estados.

A partir del siglo XVI, se busca otra norma de adquisición de los territorios sin soberano: la *prioridad del descubrimiento*; pero suscitó controversia la cuestión de si un descubrimiento no seguido de ocupación podía constituir título de adquisición.

El descubrimiento no se consideraba por sí solo, título suficiente para conferir la soberanía; otorga tan sólo un título provisional, es la ocupación primaria la que establece la soberanía territorial sobre los territorios que no pertenecen a nadie (*res nullius*).²⁹

La ocupación puede también aplicarse a territorios abandonados por el Estado que los había descubierto y administrado brevemente. Este caso se ha presentado a consecuencia del abandono, por España, de la isla de *Palmas* y de las *Carolinas*. Algunos autores citan también equivocadamente el caso de islas Malvinas, que examinaremos más adelante.

La fundamentación doctrinal de la ocupación remonta a Grocio quien, con sus continuadores, recurrió al derecho romano y aplicó a la adquisición de la soberanía territorial aquellos dos elementos de los que el derecho romano hace depender la adquisición de la propiedad: la intención de adquirir el *animus* y el *corpus* o la realización efectiva de la misma.

El derecho positivo se ha establecido sobre bases muy diferentes en la época contemporánea. El acta general de Berlín de 1885, artículos 34 y 35, estableció las condiciones requeridas para que las nuevas ocupaciones en las costas del continente africano puedan producir efectos jurídicos. La ocupación debe ser efectiva con una autoridad

²⁹ La ocupación primaria debe distinguirse de la de otra índole, que no es título de adquisición de la soberanía; véase N^o 50 B y 126.

La ocupación de los territorios sin soberano sólo puede efectuarse por un Estado, ya que un particular no puede adquirir la soberanía por su propia cuenta. En el pasado, algunos Estados confiaron a compañías coloniales la tarea de ocupar un territorio, facultándolas a adquirir la soberanía por cuenta del Estado. Tal era el caso de la compañía inglesa de las Indias orientales, fundada en 1599, la compañía francesa de las Indias orientales, en 1664, la compañía inglesa de la Bahía de Hudson, en 1670, la compañía inglesa del Norte de Borneo, en 1881, etc. Fundadas con fines comerciales, estas agrupaciones obtenían de un Estado determinado la delegación de una parte de sus poderes mediante "carta patente".

suficiente para asegurar el orden y la libertad de comercio. Además debía notificarse, por vía diplomática, a las demás potencias, la extensión del territorio ocupado.

Las estipulaciones de 1885 constituían la reacción contra las anteriores prácticas de ocupación ficticia. Negaron también diversas teorías de la vecindad o de la proximidad, de la continuidad, de la zona hidrográfica, de los límites naturales, de la zona indefinida, etc. La reglamentación de Berlín, se aplica expresamente a las costas del continente africano y, sólo se refiere a las futuras ocupaciones a partir de 1885, lo que confirmó el laudo arbitral en el caso de *Clipperton*. El tratado de Saint-Germain, de 1919, art. 13, derogó expresamente las estipulaciones de 1885, pues no siendo posibles nuevas ocupaciones en Africa, era inútil mantener la reglamentación.

B. Procedimientos

La *cesión* territorial es la renuncia de un Estado, en favor de otro, a los derechos y títulos que el primero pudiera tener sobre un territorio. La doctrina moderna divide en la cesión dos fases sucesivas: primero, el abandono de la competencia territorial por el Estado cedente; luego el establecimiento de la del cesionario.

La cesión de territorios presenta, siempre, un carácter convencional. El caso más frecuente es el de los tratados de paz.

Cuando la cesión es recíproca, es una *permuta*.³⁰

En el d.i. *la adjudicación* tiene un sentido preciso, distinto del derecho administrativo. Consiste en la atribución de territorio por vía jurisdiccional. Reviste un carácter atributivo de adquisición de la soberanía, como en el arbitraje de límites, que se realiza directamente a priori o, a título subsidiario, o a posteriori para solucionar un conflicto de fronteras entre dos Estados. Pero a veces tiene un carácter meramente declarativo.³¹

¿Puede adquirirse la soberanía territorial por prescripción ad-

³⁰ Por ejemplo, Gran Bretaña cedió la isla de Helgoland a Alemania a cambio del reconocimiento del protectorado británico en Zanzíbar y de una parte de Uganda; por convenio franco-alemán de 1911 se permutaron diversos territorios en la región del Congo; también hubo permutas en territorios de Europa.

³¹ Esto ocurre, cuando la sentencia se limita a consagrar un título preexistente como en el caso de las islas Palmas y Clipperton en 1928 y 1931, respectivamente.

quisitiva? ¿Es admisible la analogía con el derecho civil? La doctrina está dividida. Los autores de orientación positivista rechazan la extensión de esta institución al d.i., que defienden los partidarios de la trasposición, por analogía al d.i. Pero esta controversia carece de mayor trascendencia práctica. Cuando se trata de la adquisición de un territorio sin soberano, el modo normal es la ocupación y no la prescripción. La última se presenta, en cambio, cuando un territorio que pertenece a un Estado, es reivindicado por otro. Concretamente, cuando el Estado desposeído no protesta, en cuyo caso existe un asentimiento tácito. Si el Estado desposeído protesta, hay que buscar en el derecho común la respuesta a la cuestión de si la reivindicación reúne las condiciones requeridas para ser válida. En el caso Malvinas, algunos autores ingleses pretenden invocar la prescripción, lo que es refutado por la Argentina y también por otra parte de la doctrina británica como lo veremos oportunamente.

La conquista (*la debellatio* de los autores clásicos o la *subjugation* de los juristas anglosajones), se diferencia netamente de la cesión territorial realizada en forma de anexión por el Estado victorioso al terminar una guerra y supone que un Estado ha aniquilado por completo a su adversario; al quedar todo el territorio desprovisto de organización política propia, el Estado victorioso lo adquiere por el procedimiento de la conquista. Por este modo se realizó la unidad italiana y, en parte, la alemana.

C. Trazado de las fronteras

a) *Criterios.* Las fronteras pueden ser artificiales o naturales. Las primeras siguen con frecuencia los paralelos o los meridianos, desde el año 1494 (delimitación entre el imperio colonial español y el portugués por el tratado de Tordesillas), hasta 1956 (delimitación entre Vietnam del Norte y del Sur, según el paralelo 17, por la declaración final del Tratado de Ginebra). Este modo de delimitación se practicó en el mundo anglosajón (entre EE.UU. y Canadá, entre algunos Estados miembros de los EE.UU. y de Australia), pero no en América latina, ni en Asia y tampoco en Africa.

Entre las fronteras naturales pueden distinguirse límites orográficos, fluviales, marítimos, lacustres y aéreos.

Los límites orográficos aplicados a regiones montañosas, pueden seguir la línea de las cumbres, que une los picos más altos de una cadena; la línea divisoria de aguas, y la línea que sigue el pie de las

montañas. La superposición de un doble criterio —de las más altas cumbres y de la divisoria de las aguas— constituyó un auténtico nudo gordiano en la delimitación entre la República Argentina y Chile.

Se distinguen dos clases de límites *fluviales*: el *thalweg* o *línea del canal más profundo de navegación principal*, aplicado frecuentemente por la jurisprudencia norteamericana y por la Argentina,³² o *la ubicación del límite en una orilla del río*, quedando entonces todo el curso de agua sometido a la soberanía de un solo Estado.³³ En la próxima sección veremos el criterio que se aplicó en el Río de la Plata.

b) Demarcación. La última etapa de la delimitación es el trazado de la frontera sobre el terreno demarcado. Esta tarea técnica la efectúan las comisiones de límites compuestas por expertos, que no tienen facultades para modificar el trazado inicial, salvo ligeras alteraciones (de algunos metros). Ellos deben respetar las unidades de explotación (no dividir una explotación agrícola), la integridad de los municipios y las tribus.

Las comisiones de límites fijan los mojones que, por lo general, periódicamente se inspeccionan, siendo severamente castigado su deterioro o desplazamiento.

c) Jurisprudencia. La jurisprudencia internacional presenta varios casos interesantes que permiten analizar la ocupación como título para adquirir territorio.

◆ Max Huber, árbitro suizo, resolvió el *caso de la Isla de Palmas* entre Estados Unidos y Holanda, en 1928. Dicha isla está situada entre las Filipinas —colonia de los Estados Unidos—, y lo que eran las Indias Orientales Holandesas (Indonesia). Los Estados Unidos, como sucesor

³² En el caso de un súbito cambio del curso del río, la frontera anterior quedará vigente hasta su modificación por medio de un tratado. En este sentido se pronunció el árbitro en el caso de *El Chamical*, en 1914, y la Corte Suprema estadounidense en el litigio entre los Estados de *Kansas y Missisipi*, en 1919. Si el cauce del río cambia como consecuencia de su regularización, puede realizarse la permuta de las respectivas partes del territorio. Si no, la frontera permanece sin modificación, como ocurrió entre Suiza y Austria, a pesar de la regularización del río Rhin, motivo por el que una aldea Suiza quedó separada del territorio nacional.

³³ Este procedimiento de “orilla secas” fue aplicado a la delimitación entre Polonia y Alemania, en 1919: la orilla derecha del Vístula pertenecía a Polonia y no a Prusia oriental. Sobre la aplicación chilena de este concepto al canal de Beagle, véase la sección XII.

de España en las Filipinas reclamaban la isla, aduciendo como título el descubrimiento. El árbitro analizó el principio de la "inter-temporalidad", por el cual para establecer el título sobre un territorio, debe tenerse en cuenta las normas jurídicas para adquirirlo al tiempo que se produjo la ocupación, no el régimen jurídico vigente al tiempo de la controversia. Huber distinguió entre la creación de derechos y la subsistencia de derechos y dijo que "el mismo principio que somete el acto creador de un derecho al orden jurídico en vigor en la época en que el derecho surge, exige la continuada existencia de ese derecho, en otras palabras, su manifestación continúa...". Luego agrega que si bien el descubrimiento puede haber otorgado título en su época, lo que es discutible también, dicho título no podría sobrevivir hoy, cuando no basta el descubrimiento. El título del descubrimiento no fue perfeccionado por una posesión durable durante un período razonable y actual, por consiguiente el título de Estados Unidos no puede prevalecer sobre el continuo y pacífico despliegue de autoridad de Holanda. En este caso, Huber también se refirió a otro de los problemas más discutidos en la jurisprudencia vinculada a cuestiones territoriales, especialmente la ocupación, que es el de establecer la "fecha crítica", es decir la fecha a partir de la cual una controversia queda cristalizada y cualquier acto u omisión de las partes no puede mejorar su derecho frente al Tribunal. Aquí todas las pretensiones de Estados Unidos giraban en derredor del Tratado de Cesión de 1898, ya que reclamaban la sucesión de España y es esta fecha la considerada "crítica".

◆ El caso de *Groenlandia Oriental* entre Dinamarca y Noruega fue resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional en 1933. Noruega proclamó la ocupación de ciertas partes de Groenlandia Oriental en 1931 y Dinamarca contestó esta pretensión pidiendo a la Corte que la declarara inválida, pues la soberanía dinamarquesa se extendía a la totalidad de la isla. Noruega sostuvo que no todas las partes de Groenlandia habían sido colocadas bajo administración dinamarquesa y que, en consecuencia, ciertos sectores eran *res nullius*, susceptibles de ocupación por Noruega. La Corte afirmó el principio ya establecido, de que la ocupación para crear título debe ser efectiva y agregó que esta efectividad debía constar de dos elementos demostrables: la intención de actuar como soberano y el ejercicio actual o despliegue de autoridad. Dinamarca probó su intención de establecer su soberanía, desde 1721, sobre la totalidad de Groenlandia.

En cuanto al segundo elemento, debe recordarse que Dinamarca sólo se había establecido en ciertas zonas que no eran reclamadas por Noruega. La Corte sostuvo, en cuanto al ejercicio de autoridad, que la

ausencia de un reclamo similar sobre el territorio durante un largo período era una consideración importante y que un ejercicio ligero de autoridad era suficiente cuando otro Estado no puede presentar un reclamo superior. El tribunal tuvo principalmente en cuenta las características de la zona en disputa y dijo que en zonas desérticas, desoladas e inaccesible como Groenlandia no era razonable demandar un ejercicio de autoridad continuo e intenso. Dinamarca presentó pruebas categóricas en materia de actos administrativos y leyes de aplicación a toda Groenlandia. La Corte falló en favor de Dinamarca, dictaminando que su título sobre toda Groenlandia era legítimo y dicho territorio no podía ser considerado *res nullius*.

◆ El *arbitraje del Rey de Italia sobre la Isla Clipperton*, disputada entre México y Francia tuvo lugar en base a los siguientes hechos: en 1858 marinos franceses proclamaron la soberanía sobre la isla, que queda en el Océano Pacífico, al oeste de las costas mexicanas. El acto fue oficialmente publicado. Luego se otorgó una concesión de guano y Francia realizó una sola visita hasta 1897 en que México envió una expedición. México basó su demanda en sus derechos heredados de España, y en la alternativa de que el territorio era *res nullius*, pues los actos franceses eran inefectivos. El árbitro después de señalar que la posesión se produce normalmente por medio de una organización capaz de hacer respetar las leyes, observa que el establecimiento de esta organización es un medio o procedimiento para tomar posesión, pero no es idéntica a la posesión. Agrega que puede haber casos en que estando el territorio completamente deshabitado, queda a la disposición absoluta e indisputada del Estado ocupante que hace su aparición allí, desde ese momento y sin que sea necesaria una organización permanente. La toma de posesión se da como cumplida y la ocupación completada. En consecuencia los actos aislados de Francia fueron considerados prueba suficiente de soberanía.

◆ Otro caso es el *de las Islas Minquiers y Ecréhous*, entre Francia y Gran Bretaña, en 1953, donde la CIJ unánimemente reconoció la soberanía británica sobre estos islotes y rocas, situados entre las Islas Jersey y la costa francesa, sobre la base del ejercicio indudable de funciones estatales, tales como el levantamiento de sumarios penales por la autoridad inglesa, el registro de las modificaciones inmobiliarias en Jersey, censos efectuados, etc.; mientras que Francia no pudo presentar pruebas que se pudieran considerar un título válido.

◆ En 1975, el *caso del Sahara Occidental* (en esa época territorio no autónomo administrado por España), dio posibilidad a la Corte de pronunciarse sobre ese territorio como que era *terra nullius* al tiempo

de la colonización española y de definir a la *terra nullius* como un término de técnica jurídica empleado a propósito de la ocupación y a esta última como un medio originario para adquirir soberanía diferente de la cesión y de la sucesión, siendo una de las condiciones esenciales para que sea válida, que tenga lugar sobre un territorio *res nullius*. En este caso específico, la Corte dijo que, cualquiera que hubiera sido la diferencia entre los juristas, la práctica de los Estados, en el periodo de la colonización española, muestra que los territorios habitados por tribus o pueblos con una organización política y social no eran considerados *terra nullius* por lo que no eran susceptibles de ocupación, en consecuencia la adquisición de soberanía se realizaba por medio de acuerdos celebrados con los jefes locales, lo que era propio de un título derivado y no original.

La regla del *Uti Possidetis* que significa así como *poseistis posereis*, puso en evidencia que para los Estados hispanoamericanos en América no había territorios *res nullius* y los antiguos límites administrativos del sistema colonial español pasaron a ser los límites internacionales de los nuevos Estados. Varios países de nuestro continente han hecho referencia a esta regla en sus textos constitucionales, como Ecuador (art. 6), Costa Rica (art. 7), Venezuela, Colombia y México. En materia de controversias por límites entre países hispanoamericanos se ha hecho referencia a la regla, como en los casos de Colombia y Venezuela, Honduras y Nicaragua en 1894, Perú y Bolivia en 1901, Guatemala y Honduras en 1930, Perú y Ecuador, 1948. En la jurisprudencia Internacional se ha recepcionado la regla en el caso entre Burkina Faso y Malí sentencia del 22-12-1986, que la considera una norma de d.i general,³⁴ o una norma consuetudinaria regional.³⁵ Finalmente, para Jennings es sólo un principio político.³⁶

En Africa la resolución XVI de la Organización de la Unidad Africana de 1964 le asigna al *Uti Possidetis* el caso en que un límite ya tenía carácter internacional en la época colonial como por ejemplo el límite entre las antiguas colonias francesas e inglesas, criterio que fue recepcionado por la jurisprudencia de la CIJ en el caso entre Guinea-Bissau y Senegal.

³⁴ CIJ, Recueil, 1986 pág. 565.

³⁵ CIJ, sentencia del 11-11-92 y CIJ Recueil 1960, p. 218, declaración del juez Moreno Quintana.

³⁶ Jennings, *The Acquisition of Territory in International law*, Manchester, 1964, p. 78.

En la República Argentina se utilizó la técnica o práctica del *uti possidetis* en la decisión adoptada por la comisión de límites interprovinciales al dirimir el conflicto entre las provincias de Mendoza y San Luis, con relación al río Desaguadero, decisión del 12-11-1969.³⁷ La regla del *uti possidetis* en este caso se remonta a la real provisión de 1603 según la cual el río Desaguadero era el límite en razón del obstáculo que constituía para los indios del lugar.

d) *Cambios territoriales acordados por convenios*: Los casos de la Isla de Hong Kong y del Canal de Panamá: Hong Kong fue ocupada por Gran Bretaña quien se anexó ese territorio, acto reconocido por China en el tratado de Nanghing de 1842. Por la declaración de 1984 entre China y Gran Bretaña se establecieron las condiciones y modalidades del retorno de la isla a la China Continental, lo que tuvo lugar el 1ro. de julio de 1997. A su vez el canal de Panamá, sobre el que Estados Unidos ejercía un control por encima de los derechos de soberanía del Estado panameño, volverá a ese país el 31 de diciembre de 1999 en cumplimiento de los acuerdos Carter-Torrijos de 1977.

³⁷ Ambas provincias reconocían que el límite entre ellas era el río Desaguadero y que dicho río había cambiado de cauce. La voluntad de las partes como no estaba expresaba en un tratado se remonta a la voluntad de la autoridad indiana que dictó la real provisión de 1603. Barberis, Julio, "Un precedente poco conocido sobre la aplicación del *uti possidetis* a un río limítrofe que cambia de curso", en "El Derecho Internacional en un mundo en transformación", op. cit., págs. 583 a 599.

SECCIÓN XII

TERRITORIO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

52. Fronteras establecidas definitivamente. 53. Conflicto de límites con Chile: A. *La cuestión del canal de Beagle*; B. *Nuevos límites con Chile: el tratado de Paz y Amistad de 1984*; C. *Laguna del Desierto*; D. *Los hielos continentales*. 54. Antártida Argentina, Malvinas e islas del Atlántico Sur: A. *El régimen jurídico de la Antártida*; B. *El funcionamiento del sistema del tratado antártico*; C. *Islas Malvinas*.

La República Argentina ha pasado por situaciones territoriales graves y difíciles desde 1978 a la fecha, y recién con el retorno a la democracia comenzó a solucionar problemas que parecían insolubles, particularmente con Chile. En efecto, en 1978 estuvimos en pie de guerra contra el vecino país cordillerano. Sólo los buenos oficios del Cardenal Samoré y la mediación papal evitaron la confrontación armada por el Canal del Beagle. No obstante la propuesta pontificia no fue aceptada por las partes, por lo que sólo la negociación directa permitió destrabar la cuestión, ya en tiempos del presidente Alfonsín. El tratado de Paz y Amistad de 1984 no solucionó todos los conflictos, pero era la mejor opción ante la continuación de una política belicista con los vecinos. Así lo entendió la ciudadanía al contestar por el "Sí" en la consulta popular. La propuesta de una solución integral de los problemas territoriales se produjo cinco años después con el Tratado Alwyn-Menem de 1991. Se solucionaron 22 puntos sobre 24 en controversia. De las dos pendientes: Laguna del Desierto e Hielos Continentales, el primero se resolvió por Arbitraje Internacional que dio la razón a la pretensión argentina. El segundo está pendiente de resolución, ya que la propuesta de la figura "poligonal" no es aceptada por las partes, particularmente por el Congreso argentino que se negó a aprobar el Tratado. No obstante, los gobiernos de Alfonsín y de Menem iniciaron una política de acercamiento con Chile que culminaron con la aprobación de los Protocolos de Integración Física y con el apoyo brindado por nuestro país a la incorporación chilena al Mercosur en calidad de asociado. Pese al impacto negativo que produjo el rechazo del tratado Menem-Alwyn en lo que respecta a la poligonal, los jefes de Estado, Menem y Frei, acordaron acelerar la negociación de una solución consensuada sobre los hielos continentales antes de finalizar 1998.

También se dejó de lado la confrontación para iniciar la cooperación con Brasil, superando los graves desencuentros por la utilización de los ríos que

integran la Cuenca del Plata. Con Uruguay se finalizó la disputa por el Río de la Plata con la firma del Tratado de 1974 que comentamos en la primera actualización de 1978.

La situación más crítica se vivió con la reclamación por las Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur. El estancamiento de las negociaciones y el silencio británico durante 1981 exacerbaron las tendencias nacionalistas de las fuerzas armadas gobernantes, lo que llevó a la decisión de tomar las islas y ocuparlas militarmente, el 2-4-1982. La guerra del Atlántico Sur, como la denominó la prensa internacional, tuvo un desenlace desfavorable para la Argentina, cuyas tropas debieron rendirse y evacuar las islas el 14-6-1982, quedando mal posicionada ante la ONU, y la Comunidad Europea, de las que recibió sanciones que repercutieron en la economía. Pero los que más perdieron fueron las fuerzas armadas porque el deterioro de su imagen a nivel nacional posibilitó la pronta recuperación de la democracia al año siguiente, en octubre de 1983.

Respecto a la Antártida varió la posición abstencionistas de los terceros Estados, entre los que empezaron a surgir reclamantes de la declaración de la Antártida como patrimonio común de la humanidad. A su vez, los países del Tratado Antártico resolvieron mantener la vigencia del sistema y del tratado creado en 1961. Además predominaron las tendencias preservacionistas del medio antártico frustrando los intentos de exploración y explotación de recursos mineros en el más austral de los continentes.

52. Fronteras establecidas definitivamente

La superficie actual de la República Argentina, en su porción continental americana, es de 2.800.000 km², aproximadamente, a lo que debemos agregar el sector antártico, que depende administrativamente de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y que comprende alrededor de 1.230.000 km². Sumando ambas cifras, nuestro País posee un área total superior a 4.000.000 km².

En esta sección nos limitaremos a considerar los litigios que para la demarcación de sus fronteras debió solucionar nuestro país con las naciones vecinas y los conflictos que aún hoy subsisten. Cabe aclarar, por lo tanto, que salvo los problemas pendientes con Chile, (Hielos Continentales) y Gran Bretaña (Islas Malvinas), los límites pueden considerarse como definitivamente fijados con relación a los demás países vecinos.¹

¹ Los autores elaboraron esta sección en 1972 sobre la base de un trabajo de mayor envergadura del que es autor el Dr. Alfredo Rizzo Romano, especialista en cuestiones territoriales.

Límites con Bolivia: Tres cuestiones se suscitaron con esta república con relación a la provincia de Tarija, el Chaco Boreal y la Puna de Atacama.

La provincia de Tarija dependió administrativamente, durante la dominación española, de la Gobernación Intendencia de Salta del Tucumán, como lo reconocieron Bolívar y Sucre en 1825, ante los representantes argentinos Díaz Vélez y Alvear. Pero apenas constituida en nación independiente, Bolivia ocupó los territorios de Mozos, Chiquitos y Chichas, así como Tarija y Atacama, alegando más tarde pretensiones sobre el Chaco en el territorio de los ríos Bermejo y Pilcomayo, cuya pertenencia ya se discutió con nuestro país.

Después de varias negociaciones, el 10 de mayo de 1889, se arribó al tratado Quirno Costa-Vaca Guzmán, en vigor desde 1893 (ley 2851/1891). Por el mismo, nuestra Nación renunció a Tarija y Bolivia a las zonas del Chaco Boreal y Atacama. En 1895 comenzó la demarcación de esta región, firmándose ese año el Protocolo Rocha Cano, adicional al tratado de 1889, ante la ocupación por parte de Chile de la zona de Atacama. La posesión de Yacuiba, cuestión pendiente de solución en el Protocolo Rocha-Pinilla de 1911, se dirimió en 1925 mediante la negociación Carrillo que resultó desfavorable a nuestros intereses, puesto que concluyó con la cesión de esta población, que quedó así como un enclave boliviano en la provincia de Salta. Nuevamente en 1941, la Argentina volvió a claudicar al aceptar la línea del Pilcomayo, entre las localidades de D'Orbigny y Esmeralda, en lugar de la continuación hacia el Este, siguiendo el paralelo de 23°, hasta tocar el límite con Paraguay. Se introdujo así una nueva cuña en el territorio argentino, formada por los ríos Bermejo, Grande de Tarija e Itaú, que penetra hasta cerca de la localidad salteña de Orán.

La cuestión de la Puna será tratada más extensamente al referirnos a las cuestiones de límites con Chile.²

Límites con Brasil: El problema de demarcación de fronteras con el Brasil, se remonta a la época del descubrimiento del continente americano y a los conflictos de posesión territorial suscitados entre España y Portugal.

Los tratados luso-hispánicos de Madrid y San Ildefonso, suscriptos

² La provincia de Atacama fue ocupada en ese entonces por Chile a consecuencia de la guerra del Pacífico, en que Bolivia resultó derrotada militarmente por Chile (1879-1881).

en los años 1759 y 1777, establecieron como linde los ríos Pepirí Guazú y San Antonio. La guerra posterior entre ambas naciones interrumpió las tareas demarcatorias, pero Portugal no dejó nunca de pretender la dominación de la cuenca del Plata. A comienzos del siglo XIX (6-6-1801), por la paz de Badajoz, Portugal desconoció el tratado de San Ildefonso y continuó avanzando ilegalmente sobre territorios en disputa. Por su parte, la eficaz acción de los bandeirantes, había ampliado considerablemente el ámbito territorial brasileño, durante el siglo XVIII.³

Instalado el general Urquiza en el poder, con el apoyo económico y militar del vecino imperio, su gobierno suscribió en Paraná —capital de la Confederación Argentina— con el barón de Río Branco, un convenio (14-2-1857), de límites que seguía los lineamientos del tratado hispano-lusitano de 1759, que fuera abrogado dos años más tarde por sus múltiples defectos.⁴

Mediante la negociación Aguiar de Andrada-Yrigoyen de 1876, Brasil insistió en la demarcación de 1759 y el primitivo tratado de 1857, y nuestro país en las de 1788 y 1791, fundadas en el tratado de San Ildefonso.⁵

El laudo arbitral pronunciado por el presidente de los Estados Unidos de América, Grover Cleveland, el 5-2-1895, favoreció en un todo la tesis brasileña, sin mayores fundamentaciones, apoyándose en la demarcación de 1759 anulada dos años después. El protocolo de Río de Janeiro (9-8-1895) puso en ejecución el laudo Cleveland. Los tratados del 6-10-1898 y 4-10-1910, fijaron la demarcación dentro de los ríos y atribuyeron la soberanía sobre las islas internas.⁶

Límites con Paraguay: Como consecuencia del movimiento de 1811, Paraguay dejó de acatar la autoridad del gobierno de Buenos Aires.

³ La bandera portuguesa, así como la de su heredero Brasil, llegó a ondear sobre una de las márgenes de nuestro gran río y casi toda la Banda Oriental del Uruguay.

⁴ El Congreso de la Confederación, ante cuya aprobación se sujetó el convenio firmado por Urquiza, modificó esta cláusula, determinando la ubicación de estos ríos como los situados en la parte oriental y no los pretendidos en la tesis, más tarde triunfante del Brasil.

⁵ Como las ocupaciones brasileñas continuaban, el gobierno del teniente general Julio Argentino Roca, mediante ley dictada a fines de 1881 erigió la "gobernación de Misiones".

⁶ En 1852, se firmó el tratado Derqui-Varela, que no mereció aprobación legislativa. El convenio Guido-Vázquez de 1856, que postergó, *sine die* el arreglo de la cuestión, tampoco significó una solución.

Recién 41 años más tarde (1852) nuestro país reconoció su independencia.

En lo que hace a la cuestión fronteriza, por el tratado de la Triple Alianza, Brasil y Uruguay, reconocieron como límites entre Argentina y Paraguay el río de igual nombre hasta Bahía Negra. Vencida esta última nación en la desgraciada contienda, desconoció, apoyada por el Brasil, la validez de este convenio, considerándolo *res inter alios acta*.

En 1876, luego de asegurarse Brasil ventajas territoriales por el pacto firmado en Asunción el 9-1-1872, después de las misiones de Quintana, Mitre y Tejedor, se arribó al convenio de Buenos Aires el 3-2-1876, por el que nuestra Nación conservó la soberanía sobre el Chaco Central, entre los ríos Bermejo y Pilcomayo, y se sometió al laudo arbitral del presidente de los Estados Unidos —Hayes— la sección comprendida entre el brazo principal del Pilcomayo y el río Verde. Dos años más tarde el árbitro, sin mayores fundamentos, atribuyó al Paraguay el territorio en disputa, inclusive la Villa Occidental ocupada militarmente por la Argentina y bautizada posteriormente como Villa Hayes. Pero, a pesar de consignar claramente el desfavorable laudo, como límite internacional “el brazo principal del río Pilcomayo”, Paraguay interpretó que se refería al brazo sur de esta vía fluvial, que periódicamente muda de curso.⁷

En 1939 se suscribió en Buenos Aires un tratado complementario de límites y un protocolo anexo entre ambos Estados, que dividió el Pilcomayo en tres zonas y fijó normas para demarcar en el terreno la región central. En 1945 se firmó en nuestra capital un convenio de límites, cuyas cuestiones de hecho se encargaron a la comisión mixta argentino-paraguaya.⁸

Límites con Uruguay: La República Oriental del Uruguay perteneció de jure a las Provincias Unidas del Río de la Plata y formó parte del Virreinato con sede en Buenos Aires.⁹

⁷ Según este acuerdo arbitral, la Argentina renunciaba, por lo tanto, a la extensa región entre el río Verde y la Bahía Negra, que se reconoció como integrantes de nuestro territorio por el mencionado acuerdo de la Triple Alianza.

⁸ Cabe consignar, que la discontinuidad del curso del Pilcomayo en la región denominada Estero Patiño y entre los puntos Horqueta y Salto Palmar, motivó interpretaciones dispares, prácticamente ya superadas por acuerdo entre las partes.

⁹ La secesión uruguaya tiene mucho que ver con los manejos británicos que H. S. Ferns tan bien nos describe en su obra “*Gran Bretaña y Argentina en el siglo XIX*”, Solar-Hachette, Buenos Aires, 1966. En cuanto a los antecedentes y ejemplificaciones

Después de su independencia, dos cuestiones limítrofes de importancia se plantearon con la nación uruguaya: la división de las aguas e islas del Plata y la de las aguas e islas del río Uruguay. Con relación a este último, el tratado Brum-Moreno de 1916, fijó las jurisdicciones respectivas por la línea de vaguada del río Uruguay distribuyendo las numerosas islas internas por su situación al Oriente y Occidente de dicha línea. Pese a este acuerdo, numerosas cuestiones de hecho tuvieron lugar con nuestros vecinos. Recién el 7 de abril de 1961 los representantes de ambas naciones, Taboada y Martínez Montero firmaron un tratado en el que adoptaron el criterio demarcatorio según el canal principal de navegación, con ciertas excepciones en la zona de las islas Juanicó, García, Filomena, etc., así como en los tramos donde la línea divisoria de aguas e islas no coinciden.

El Río de la Plata: Por el art. 3º del protocolo Ramírez-Sáenz Peña de 1910, se estipuló mantener un sistema de *status quo* en lo que hace a la navegación y uso de las aguas del Río de la Plata. Recién 50 años después, en 1961, las cancillerías de ambas naciones emitieron una declaración conjunta, reconociendo el mutuo condominio de esta ruta fluvial, la que fue ratificada el 14-1-64 por ambos países, así como el protocolo de 1910.¹⁰

Diez años después, durante la tercera presidencia de Perón, tuvo solución definitiva la cuestión relativa al Río de la Plata, con la firma del Tratado respectivo, en noviembre de 1974.

Sistematizando el análisis del tratado, vemos que el mismo comprende cinco partes, la primera de las cuales se refiere al Río de la Plata y en ella no se establece un tratado de límites solamente, sino una regulación de los usos del río. En materia de navegación se consagra el principio de libre navegación, y en lo que hace al régimen de obras se adopta en los artículos 17 a 22 *el principio de la consulta previa*. La segunda parte del tratado regula el frente marítimo respecto al cual el art. 70 dice que el límite de las jurisdicciones marítimas y el de la plataforma continental estará definido por una línea que partiendo del punto medio del límite exterior del Río de la Plata se trazará mediante

de la tradicional política expansionista de Brasil con relación al Uruguay, e incluso al Río de la Plata, se encuentran detalladas en la obra de Fernando Noble: *As fronteiras do Sul, a jurisdição do prata e Ilha Martín García*, Oficinas Graphicas Monteiro Lobato, Sao Paulo, 1922.

¹⁰ Entre nosotros Zeballos, el almirante Storni, del Dr. Sabaté Lichtchein, Tejedor, Drago y otros internacionalistas se han ocupado del tema.

el sistema de la equidistancia determinada por el método de costa adyacente. En el sistema aplicado y en respuesta a las pretensiones de la aplicación del sistema del paralelo, se indica que este último es viable en costas particularmente irregulares como en el caso de los países del Pacífico Sur. En el seno de la ONU el de la equidistancia está conceptualizado como el más satisfactorio y el más equitativo. La tercera parte del tratado se refiere a las cuestiones de seguridad; la cuarta parte a la solución de controversias, para lo que crea una comisión administradora, y en lo que hace a la interpretación y aplicación del tratado establece la negociación directa o el recurso a la CIJ. La quinta parte contiene disposiciones transitorias. El Tratado mereció la crítica elogiosa de comentaristas y de autores extranjeros como el francés René Duguit.¹¹

53. Conflicto de límites con Chile

Los conflictos de límites con esta Nación, se suscitaron desde poco después de lograrse la independencia de ambos países de la dominación española.

Recién en 1881 se llegó a un acuerdo que señala la línea rectora para la demarcación de límites entre los dos países, pero antes de este Tratado se sucedieron numerosas situaciones de hecho y convenciones que constituyen antecedentes históricos de la situación planteada hasta hoy en día. Entre los antecedentes de corte jurídico cabe mencionar: *el tratado Gandarillas-Alvarez Thomas*, de 1826, que alude a la regla del *uti possidetis juris*, de 1810; el *decreto del gobierno de Buenos Aires de 1829*, de creación del gobierno de las Islas Malvinas y las adyacentes al Cabo de Hornos, en el mar Atlántico, que proclama la soberanía sobre el archipiélago fueguino hasta la extremidad sur de América, y la *Constitución chilena* de 1833, cuyo artículo 1º expresa: "Esta nación se extiende desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y desde la cordillera de los Andes hasta el mar Pacífico, comprendiendo el archipiélago de Chile, todas las islas adyacentes y las de Juan Fernández".

Entre los antecedentes constituidos por situaciones de hecho cabe mencionar la fundación por encargo chileno de una colonia en la margen continental del Estrecho de Magallanes, que no le pertenecía a Chile

¹¹ René Duguit, AFDI, 1975.

según las reglas del *uti possidetis*. El gobierno de Buenos Aires, recién pudo reclamar —por los conflictos con Francia e Inglaterra— en 1847, encomendando a su vez a Vélez Sarsfield y Pedro de Angelis el estudio de nuestros títulos de dominio sobre esa región. Posteriormente, el 30 de agosto de 1855 las dos naciones suscribieron un tratado de paz, amistad, comercio y navegación, ratificado y promulgado en 1856 por el cual se reafirma la regla del *uti possidetis* de 1810, y se propone la solución pacífica de los posibles conflictos por vía del arbitraje de una nación amiga. Pero, en 1864, Chile denuncia el tratado y retorna a una política de expansión y conquista patagónica. Un año después, propuso a la Argentina a cambio del reconocimiento de una porción del Estrecho de Magallanes y de sus tierras anexas la cesión —por parte de nuestro país— de los derechos sobre el archipiélago fueguino y las tierras patagónicas. El gobierno de Mitre no aceptó la discusión limítrofe planteada en estos términos.

Recién en 1878, mediante las bases del acuerdo Yrigoyen-Barros Arana, Chile aceptó el límite de las altas cumbres andinas, renunció a casi toda la Patagonia y admitió el arbitraje en defecto de acuerdo.

Después de los acontecimientos de 1878 se arribó a la convención Fierro-Sarratea (6-2-1878), y al *status quo* Montes de Oca-Balmaceda (1874-1879), ambos rechazados por nuestro Congreso. La exitosa campaña del desierto que llevó a cabo el general Roca a partir de ese mismo año, fortaleció la posición argentina, mientras que la chilena se debilitó ante la guerra declarada a Bolivia y Perú.¹²

El 23 de julio de 1881 se suscribió en Buenos Aires el tratado de límites Irigoyen-Echeverría, por el cual se fijó la divisoria andina hasta el paralelo 52 de latitud (art. 1º). En el extremo austral continental, actual provincia de Santa Cruz, se trazó una línea convencional partiendo de Punta Dúngen, próxima a la entrada atlántica del Estrecho, que se prolonga por tierra hasta Monte Dinero, continúa por el oeste siguiendo las mayores elevaciones de una cadena de colinas, hasta Monte Aymond, desde allí hasta la intersección del meridiano 79 con el paralelo 52 y desde este punto hasta el oeste, siguiendo el paralelo 52 hasta la divisoria de aguas de los Andes. Los territorios al

¹² El 8-11-1878, luego de los apresamientos en aguas atlánticas por la goleta chilena Magallanes de los buques Jean Amelie y Devonshire, que cargaban guano en la actual provincia de Santa Cruz, con permiso de autoridades argentinas, se encomendó al comodoro Py, al frente de una fuerza naval, la tarea de hacer respetar nuestra soberanía en la región.

norte de esta línea quedaron para la Argentina y los del sur para Chile (art. 2). Por el art. 39 se dividió el territorio de Tierra del Fuego en dos partes casi iguales. El tratado de 1881 fue modificado por el protocolo adicional y aclaratorio Errazuriz-Quirno Costa del 19 de mayo de 1903, ratificado por nuestro país por ley 3042. La interpretación de estos dos acuerdos internacionales ha dado lugar a divergencias que subsistieron hasta 1984, en cuanto al trazado limítrofe en la zona del canal de Beagle e Islas Atlánticas hasta llegar al Cabo de Hornos.

Los lindes argentino-chilenos en el extremo norte —cuestión de la Puna de Atacama—, fueron fijados definitivamente por el laudo Buchanan del 24-8-1899. Los laudos arbitrales de los soberanos británicos Eduardo VII, en 1902 e Isabel II, en 1907, ambos desfavorables para nuestro país, establecieron definitivamente los límites en la región andina del sur en general, y en la zona de río Encuentro en particular.

Actualmente subsisten con Chile las cuestiones de la Antártida y de los hielos continentales. La primera se encuentra paralizada desde la firma del tratado Antártico que suscribieron las dos naciones con otras interesadas en dicho continente y que más adelante analizaremos.¹³ La segunda está en una nueva etapa de negociación iniciada a partir de agosto de 1998, luego de descartarse la idea de la poligonal. El conflicto más difícil de solucionar fue el del Beagle.

A. La cuestión del canal de Beagle

Tras una serie de negociaciones a nivel de las respectivas canci-

¹³ Chile pretendió poner en ejecución la denominada *tesis Fagalde o de costa seca*, según la cual todas las aguas e islas internas del canal de Beagle le pertenecen, y ocupó —con la firme protesta argentina— islas atlánticas como Picton, Lennox, Nueva, Luff, Augusto, Barneveldt, Deceit, etc. Después de estos hechos denunciados por la cancillería argentina, pretendió cambiar los límites tradicionales entre los océanos Pacífico y Atlántico (meridiano del Cabo de Hornos), fijados hacia más de un siglo, haciendo llegar las aguas del Pacífico hasta el Estrecho de Le Maire que separa la Isla Grande de Tierra del Fuego de la Isla de los Estados, para sostener que la Argentina tiene costas sobre este océano. Se trata de una actitud unilateral, que no encontró eco en la geografía descriptiva ni en la cartografía en uso entre las naciones. Chile solicitó infructuosamente la intervención de la corona británica como árbitro en la denominada "cuestión del Beagle". Nuestro país no aceptó ese arbitraje y propició la intervención de la Corte Internacional de Justicia.

llerías, se dieron a conocer el 22 de julio de 1971, en ambos países, las pautas del procedimiento arbitral por el que se procuró resolver la controversia sobre límites entre Argentina y Chile en el Canal de Beagle. En el diferendo que mantuvieron ambos países intervino una corte arbitral designada por el gobierno de Gran Bretaña e integrada por cinco jueces de la Corte Internacional de Justicia. El compromiso arbitral se firmó en Londres por delegados plenipotenciarios de las dos partes y de Gran Bretaña, un día antes del encuentro de los presidentes argentino y chileno en la ciudad de Salta.

El acuerdo tenía como antecedente jurídico el tratado general de arbitraje de 1902, firmado por ambos países. Para facilitar la intervención de la corona inglesa se aprobó un mecanismo ágil para la designación de un perito de Gran Bretaña para examinar la zona de conflicto. Esta zona fue delimitada por seis puntos que establecieron ambos países de común acuerdo. El tribunal se asignó un plazo de dos a tres años para laudar y la corona británica se comprometió a respetar esa decisión.¹⁴

El ámbito geográfico de la controversia era comprendido entre el límite Oeste determinado por la prolongación vertical de la línea que forma en Tierra del Fuego, la frontera argentino-chilena (meridiano de los 68° 46' 38" 5 W), y la desembocadura de dicho canal en el Océano Atlántico.

La disputa comprendía dos aspectos: 1) la determinación de la frontera marítima en dicha zona; y 2) la atribución de soberanía sobre las Islas Picton, Lennox y Nueva y otras islas menores e islotes adyacentes.

No obstante, el artículo 29 del Protocolo "Adicional y Aclaratorio del Tratado de Límites de 1881", estableció el principio de "Argentina en el Atlántico y Chile en el Pacífico", que tiene su origen en la estricta aplicación de la regla del *uti possidetis juris*, reconocida por ambas naciones para la demarcación de sus fronteras.

¹⁴ Entre los seis puntos se incluyen a las islas Picton, Nueva y Lennox e islotes adyacentes. El acuerdo de arbitraje no innova en la cuestión de límites que mantienen Argentina y Chile desde 1915, en la actual situación y con distintas variantes desde la real cédula del 1º de agosto de 1776 que separó los actuales territorios de ambos países. Sin embargo, el acuerdo no ratifica un protocolo firmado por las dos cancillerías el 14 de junio de 1960 por el cual se sometía a juicio arbitral a las islas Picton y Nueva y algunos islotes. Hay que aclarar que Chile pretendía todo el espejo de aguas del canal y sus islas interiores.

A su vez, también es necesario tener en cuenta la vigencia de uno de los "Pactos de Mayo", por el que ambas naciones aceptaron el arbitraje de su Majestad Británica.

Finalmente los "Pactos de julio", celebrados en 1971, procuraron la finiquitación de este asunto.

Los documentos que conforman los Pactos, fueron: a) la Declaración conjunta; b) las Notas reversales y c) el acuerdo o compromiso de arbitraje.

La declaración conjunta contiene 3 aspectos fundamentales: 1) la forma de materializar la demarcación fronteriza; 2) los principios de libertad de navegación marítima y aérea; 3) la forma de resguardar la soberanía y de propiciar la investigación en la Antártida. Para evitar más dilatación del conflicto se resolvió no relacionar el fallo con la soberanía en la zona Antártica que se disputan las dos Naciones.

Las notas reversales fueron largamente debatidas y se descartó expresamente la teoría de la costa seca.

El acuerdo de arbitraje: si bien reconoce como antecedente el Pacto de mayo de 1902, que nos comprometió a aceptar el arbitraje de su Majestad Británica, también tiene como antecedente que en 1960 se prefirió que la CIJ decidiese el diferendo, y que en 1964, ambos gobiernos coincidieron en someter la controversia a la CIJ. En julio de 1971, al aceptar la fórmula intermedia del laudo de la Reina sobre la base del dictamen, preparado por 5 miembros seleccionados de la CIJ, la posición argentina se apoyó en 3 puntos básicos: 1) reducir al máximo la capacidad de decisión del gobierno británico sobre el fondo de la controversia; 2) atribuir la máxima capacidad de decisión a un tribunal de reconocida imparcialidad y competencia; 3) lograr que el acuerdo de arbitraje fuera acordado por las partes y no establecido directamente por el gobierno británico. Con la misma orientación se logró que el dictamen de la Corte Arbitral no puede ser objeto de modificación por parte del arbitro, el cual sólo puede aceptar o rechazar el fallo.¹⁵

¹⁵ El compromiso facultó a las partes a nombrar agentes y comisiones ad hoc. Para la mejor producción de la prueba y acopio de los argumentos convenientes, la Argentina creó la Agencia Argentina del Arbitraje, la Comisión para el Arbitraje y la Secretaría del Arbitraje. Además designó como Agentes a los embajadores Dres. Julio Barboza y Ernesto de la Guardia, y contrató como peritos especializados a Roberto Ago, Paul Reuter, Robert Jennings y para la presentación de la Memoria a Maurice Bathurst y a José María Ruda.

Las partes presentaron al tribunal sus memorias el día 2-1-73; sus contra-memorias, el 2-10-74 y las réplicas el 1-7-75. A su vez en marzo de 1976, los miembros de la Corte Arbitral visitaron la zona del Canal. Las audiencias orales (finales) tuvieron lugar entre el 7 de setiembre y el 23 de octubre de 1976, con participación de los representantes de Argentina y Chile.

Posteriormente, la Corte, compuesta por los siguientes miembros: Hardy C Dillard (EE.UU.), Sir Gerald Fitzmaurice (RU) André Gros (Francia), Charles D. Onyena (Nigeria) y Sture Petrén (Suecia), se abocó a su tarea de laudar.¹⁶

El fallo fue ratificado por la Reina Isabel II, de acuerdo al compromiso arbitral, el día 18 de abril de 1977, emitiendo el gobierno británico una declaración en la que hace una recapitulación del procedimiento seguido.

Finalmente el fallo fue dado a conocer a las partes el día 2 de mayo de 1977 y resultó contrario a los intereses argentinos en cuanto a la adjudicación de las islas Lennox, Picton y Nueva.¹⁷ En efecto, la Corte Arbitral consideró que las mencionadas islas, junto con sus islotes y rocas inmediatamente adyacentes pertenecen a la República de Chile, y determinó a través del trazado de una línea roja, en carta adjunta al laudo, la frontera entre las jurisdicciones marítimas y territorial de

¹⁶ El doctor Domingo Sabaté Linchtschein, señala que entre los miembros de la Corte Arbitral figuraba sir Gerald Fitzmaurice, quien antes de ser miembro de la CIJ fue abogado por Inglaterra en el viejo pleito sobre soberanía en la Antártida, que Gran Bretaña interpuso ante la CIJ. El doctor Isidoro Ruiz Moreno también recusa al presidente del Tribunal Arbitral (Fitzmaurice), por ser juez y parte declarada en la cuestión (véase *La Opinión* del 15-12-76, Conceptos vertidos en una mesa redonda organizada por el Instituto Argentino de la Soberanía de los Estados Marítimos y Fluviales en la sede del Colegio de Abogados).

¹⁷ El laudo causó reacciones opuestas en los dos Estados partes. El gobierno de Chile, beneficiado por el mismo, prometió cumplirlo fielmente y expresó su "profundo reconocimiento a la Reina Isabel II por la valiosa colaboración a la paz entre los dos países hermanos. (Véase texto de la declaración del gobierno chileno, "La Opinión" del día 3 de mayo de 1977 pág. 14.) Por su parte el gobierno argentino, afectado en sus legítimos intereses soberanos por el resultado del laudo, emitió un comunicado en el que expresa que se mantiene el principio de que ningún compromiso obliga a cumplir aquello que afecte intereses vitales de la Nación o que perjudique derechos de soberanía que no hayan sido expresamente sometidos a la decisión de un árbitro por ambas partes, *La Opinión*, 3-5-77, p. 15.

los dos países, dentro del área conocida como "el martillo",¹⁸ que fuera especificado en el Compromiso.¹⁹

El arbitraje inglés fue unánimemente rechazado por la opinión pública nacional con muchas voces de protestas que se levantaron sobre

¹⁸ El "martillo" es la región a que se refieren los párrafos 1 y 2 del art. I. del compromiso arbitral que está determinado por 6 puntos cuyas coordenadas geográficas son las siguientes. Latitud Sur A: 54° 45'; B: 54° 57'; C: 54° 57'; D: 55° 24'; E: 55° 24'; F: 54° 45'; Longitud Oeste: A: 68° 36' 38,5"; B: 68° 36' 38,5"; C: 67° 13'; D: 67° 13'; E: 66° 25'; F: 66° 25'. Se trata de una fórmula inexplicable puesto que comprende territorios que nadie discute y que corresponden al ámbito soberano, tanto de nuestro país como Ushuaia; como de Chile, en el caso de la península Dumas e Isla Navarino (territorios situados al Norte de los 54' 57' y al Este de los 67' 13').

¹⁹ Pero la base misma del laudo, o sea el Compromiso Arbitral, es de validez jurídica controvertible de acuerdo a la opinión de calificados especialistas. Efectivamente, los Pactos de julio de 1971 no fueron aprobados por el Congreso Nacional, y para que un tratado tenga vigencia es necesario que haya sido ratificado de acuerdo a las disposiciones del derecho interno de cada una de las partes. Por lo tanto el Compromiso, como el laudo entran en conflicto con expresas disposiciones constitucionales, como son los incisos 14 y 19 del art. 67 de la Constitución Nacional, según los cuales corresponde al Poder Legislativo "arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación", y "aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones". Se presenta en cuanto a la aceptación del laudo británico en el caso del Canal de Beagle, la situación típica de aplicación de la "cláusula argentina" según la cual el laudo arbitral no puede recaer sobre cuestiones que afecten los principios constitucionales del país. Este argumento fue expuesto en la 2ª edición del libro en 1978.

Por otra parte el Compromiso Arbitral de julio de 1971 modificó las reglas contenidas en el tratado general de arbitraje de 1902, por lo que requiere los trámites de aprobación, ratificación y canje para su entrada en vigor.

Más aún, durante el transcurso de 1972, el mismo gobierno que firmó los Pactos de julio resolvió denunciar el Tratado General de Arbitraje de 1902, base de solución de la controversia, que era prorrogable cada 10 años, y cuya caducidad se operaba ese mismo año, el 22 de setiembre.

Sobre ese panorama, que podría haberse aclarado a favor de los intereses argentinos en esa oportunidad (1972), surgió una nueva sombra, la declaración del gobierno argentino de que dicha denuncia no afectaría al proceso arbitral del Beagle.

Pero en d.i., la cuestión no se resuelve tan fácilmente. Para que opere la prórroga de jurisdicción del árbitro se requiere que las partes lo manifiesten por acuerdo. E inclusive si la permanencia de la Argentina en el proceso se interpreta como acto de gobierno que implique aceptación, ello no debe erróneamente llevar a concluir que está obligado a permanecer en el proceso arbitral por tiempo indeterminado. No obstante lo expuesto, en el estado actual del problema es difícil que se revea dicha situación. Por el contrario, en la declaración emitida por el gobierno británico al ratificar el laudo de la Corte Arbitral, se indica que "el gobierno de la República Argentina había denunciado el Tratado de 1902 el día 11 de marzo de 1972 con efectos a partir del 22-9-79".

el tema. No se puede ser juez y parte, y si bien la cuestión del Beagle se circunscribe a intereses argentinos y chilenos, nuestro país mantiene simultáneamente con Gran Bretaña un irresuelto conflicto en torno a las Malvinas. Conflicto que en febrero de 1976 llevó al retiro de la representación diplomática de nuestro país en Londres, lo que equivale a la ruptura de las relaciones diplomáticas con el país cuyo gobierno acaba de emitir un laudo que lesiona nuestros intereses soberanos. En dicha oportunidad pudo haberse aplicado el artículo 3º del tratado de 1902 que prevé el reemplazo del arbitraje del gobierno de su Majestad Británica, por el del gobierno de la Confederación Suiza, en el caso de que algunas de las partes cortara sus relaciones amistosas con el primero.²⁰

Durante los últimos meses de 1977 y el mes de enero de 1978 la opinión del pueblo argentino expresada a través de sus más destacados internacionalistas, arrojó contra la aceptación del laudo arbitral. El 25 de enero de 1978 el Gobierno de la Junta Militar, emitió la esperada "Declaración de nulidad" que rechazó la validez del laudo por adolecer de defectos graves y numerosos.

La Declaración agrupa los defectos del laudo en seis categorías:

1) Deformación de las tesis argentinas.²¹

²⁰ Se ha dicho también que la admisión del arbitraje inglés, sería la tácita aceptación de la tesis británica que niega la existencia de una disputa de soberanía sobre las Malvinas y sus adyacencias con la República Argentina. "Nuestra, actitud podría ser interpretada equivocadamente a la luz de la doctrina de los actos propios (Stoppel) o preclusión, consagrada por el art. 45 de la Convención de Viena de 1969", El mismo autor señala otro inconveniente: La mayoría de la Corte Arbitral está formada dentro del llamado derecho anglosajón, que otorga una fundamental importancia a las situaciones de hecho y a la efectiva posesión. Ver Alfredo Rizzo Romano. Revista Estrategia, Nº 1.

²¹ La Decisión, en varias oportunidades, describe como tesis argentina algo que la República nunca sostuvo ante la Corte Arbitral, y luego ésta resuelve acerca de esa versión tergiversada. Este grave error se puso de manifiesto en la determinación geográfica del canal de Beagle, según el criterio argentino sustentado en la documentación emanada de los descubridores y primeros exploradores del Canal.

Sobre la documentación emanada de los descubridores y primeros exploradores del canal Beagle, véase Vicealmirante Ernesto Basílico, "La Controversia; sobre el Canal Beagle", Bs. As., 1963. Otra bibliografía sobre el tema: Pedro de Angelis "Memoria Histórica sobre los derechos de soberanía y dominio de la Confederación Argentina a la parte Austral del Continente Americano, comprendida entre las costas del océano Atlántico y la Gran Cordillera de los Andes, desde la boca del Río de la Plata hasta el cabo de Hornos, incluso la isla de los Estados, la Tierra del Fuego, y el Estrecho de Magallanes en toda su extensión", Buenos Ayres, 1852; Cesar Díaz

- 2) Opinión sobre cuestiones litigiosas no sometidas a arbitraje.²²
- 3) Contradicciones de razonamiento.²³
- 4) Vicios de interpretación.²⁴

Cisneros, "Límites de la República Argentina", Ed. Depalma, Bs. As., 1944; Paul Croussac "Las Islas Malvinas", edición castellana ordenada por el Congreso de la Nación Argentina (ley 11.904); Bs. As., 1936; Martín Lucero, Víctor C. Lucero (1844-1929), T.G.A., Bs. As., 1931; Estanislao Zeballos. "El incidente de límites con Chile sobre las islas Nueva, Picton", en Revista de derecho Historia y Letras, T. 20. pág. 468; Alfredo Rizzo Romano, "La cuestión de límites con Chile en la zona del Beagle, Ed. Pleamar, Bs. As. 1968; Domingo Sabaté Lienstein "Problemas Argentinos de Soberanía Territorial", Coop. de Derecho. y Cs. Sociales, Bs. As., 1976, y las reseñas bibliográficas a las que se hace mención en esta obra.

²² Como ya dijimos, el laudo debía limitarse a determinar el dominio sobre el canal y las islas comprendidas dentro del "martillo", pero al negar la aplicabilidad del principio Atlántico-Pacífico del art. 3º del tratado de 1881, la Corte dice que éste adjudicó a Chile todas las islas al sur del canal Beagle, se hallen al este o al oeste del cabo de Hornos, con lo cual incluye a las islas al sur del martillo. Igualmente, al rechazar el concepto de Canal Beagle que atribuye erróneamente a la Argentina, agrega una frase que implícitamente condena la reclamación de la República sobre las islas australes. Sin que se haya sometido a su jurisdicción la cuestión de la boca oriental del Estrecho de Magallanes, pendiente entre los dos países, la Corte afirmó que el tratado de 1881 dio a Chile el control exclusivo del Estrecho, y que la Punta Dúngenes está sobre el Atlántico con lo cual se pronuncia sobre otra cuestión que estaba fuera de su competencia. Nuestro país sostiene que el límite oriental del Estrecho de Magallanes está formado por una línea que une el Cabo Vírgenes con el de Espíritu Santo, y que Punta Dúngenes está dentro del Estrecho, por lo que nos pertenece una parte de su boca oriental.

²³ Por ejemplo, en lo que respecta al tramo del Canal que se extiende hasta Snipe, considera la Corte que las islas allí situadas están "en el canal" (y no al sur del mismo); dice que el tratado de 1881 no las atribuyó a ninguno de los dos países, y que deben, por lo tanto, ser divididas entre ambos. Pero cuando considera la situación de las islas Picton, Nueva y Lennox,—a las que ubica también dentro del canal— la Corte les aplica un régimen jurídico distinto.

²⁴ En la Sección IV nos hemos referido a las normas sobre interpretación de tratados que establecen los arts. 31, 32 y 33 del Convenio de Viena de 1969. La propia CIJ ha debido expedirse acerca de los alcances de la interpretación. "La Corte está llamada a interpretar los tratados, no a revisarlos". CIJ, Op. Consultiva sobre la interpretación de los Tratados de Paz (CIJ, Recueil 1950, pág. 229). Las reglas auxiliares de interpretación recepcionadas por la Convención de Viena, son: a) el principio del sentido ordinario y natural de los términos del tratado; b) el principio del contexto; c) el principio de la conformidad con el objeto y fin de tratado; d) el principio de la conducta ulterior de las partes; e) el principio del efecto útil; f) el procedimiento de los trabajos preparatorios y g) el principio de que un acto jurídico ha de apreciarse a la luz del derecho contemporáneo a él, y no del derecho vigente

5) Errores geográficos e históricos.²⁵

6) Falta de equilibrio en la apreciación de la argumentación y de la prueba producida por cada parte. Aunque el Tribunal no llegó a una conclusión en favor de la interpretación chilena, simplificó la cuestión desechando las argumentaciones argentinas. Para ello incurrió en silencio, deformación o ignorancia de pruebas importantes, errores de hecho, etc.²⁶

en el momento en que surge una controversia relativa a ese acto o en que ella es sometida a decisión judicial (derecho intertemporal).

La Declaración señala que la Corte no se ajustó en su interpretación a las reglas de "recurso al texto" y del "efecto útil". La Corte desconoce estas normas, particularmente la segunda, lo que trae como consecuencia que el tratado, en vez de ser "interpretado" es sometido a una suerte de reforma y adaptación de su texto que contradice su letra y espíritu.

Así es como al rechazar la tesis argentina de que el art. 3º del Tratado nos atribuyó las islas Picton, Nueva y Lennox (que son las "demás islas que haya sobre el Atlántico), la Corte —en violación de la regla del efecto útil— no explica cuales serían concretamente (en defecto de las 3 mencionadas), las islas que el tratado le asignó a la Argentina por esa cláusula.

La Declaración también señala que al interpretar el art. 2º del tratado de límites, la Decisión afirma que esta disposición asignó a la Argentina toda la Patagonia hasta el Río Negro, conclusión que no se apoya en el texto del convenio, que no menciona allí ni la Patagonia ni el Río Negro. Además deja sin efecto útil o convierte en redundante buena parte del ámbito de aplicación del art. 19 que define la frontera de norte a sur hasta el paralelo de 52º de latitud sur.

²⁵ Entre otros puede señalarse el desconocimiento del principio de la división Atlántico-Pacífico en el Cabo de Hornos. Este principio fue establecido por el Bureau Hidrográfico Internacional en 1919 mereciendo el reconocimiento internacional. El Laudo, al dejar de lado la cuestión de la división oceánica en relación con el límite tradicional entre los dos países (el cabo de Hornos) prescinde así del principio rector que guió la división jurisdiccional entre la Argentina y Chile, aún desde antes de su independencia, concretado luego en distintos instrumentos como el Tratado de 1881, el Protocolo de 1893 y el Acta Aclaratoria de los Pactos sobre Arbitraje y Limitación de Armamentos de 1902. A esto debemos agregar que el principio fue consagrado inclusive en la Carta Constitucional Chilena al hacer referencia al ámbito de su soberanía territorial. Otro error de consideración es la afirmación que hace la Corte, de que el Protocolo de 1893 "cae fuera del Tratado como tal".

La Argentina sostuvo que el Protocolo de 1893 por su carácter "Adicional Aclaratorio" del tratado de 1881, constituyó una interpretación auténtica de este Tratado. El art. 2º del Protocolo afirma en términos absolutos el principio de Argentina en el Atlántico, y Chile en el Pacífico.

²⁶ La sistemática parcialidad de la Corte en favor de Chile y en contra de la Argentina se hace claramente manifiesta al efectuar el análisis de las disposiciones del tratado de 1881 (Cap. III) y cuando decide acerca de cuál es el verdadero Canal Beagle, o respecto del Océano Atlántico, o del valor respectivo de los escritos y aclaraciones de los negociadores del tratado de 1881 (Cap. IV, de la Parte II del Laudo).

La Declaración de nulidad tomó estado público en momentos en que las conversaciones entre los gobiernos de los dos países habían caído en un cono de sombras.

La tensión tuvo un impasse con la segunda reunión de los presidentes Videla y Pinochet, que tuvo lugar en Puerto Mont (Chile), el 20-2-1978. En esa oportunidad se firmó un Acta en la que se fijaron las bases de un principio de Acuerdo para solucionar definitivamente las cuestiones pendientes.

B. Nuevos límites con Chile: el tratado de Paz y Amistad de 1984

En la última edición del libro, en 1978, analizamos el laudo arbitral de 1977, declarado nulo por el gobierno argentino, lo que generó una grave tensión entre ambos países y estuvieron al borde de la guerra. La eficaz intervención del legado pontificio Cardenal Samoré, facilitó a las partes el recurso a la mediación, como método de solución pacífica de la controversia, la que encargaron al Papa. La propuesta papal, de 1981 no tuvo el resultado esperado ya que no satisfizo a ninguna parte, pero la actuación del Santo Padre permitió la negociación directa, lo que culminó con la firma del Tratado de Paz y Amistad de 1984. El acuerdo presenta puntos discutibles para los derechos argentinos, motivo por el cual, el Presidente Alfonsín resolvió someter su aceptación a consulta popular. Los términos de la consulta fueron presentados como una opción entre la paz y la guerra, y la ciudadanía prestó su conformidad al arreglo. Sin embargo, en setiembre de 1990 la Comisión Mixta Demarcadora de Límites que debía cumplimentar el acuerdo identificó 24 puntos en los que subsistían diferencias. Dentro del marco del convenio, por aplicación del principio de las más altas cumbres que dividen las aguas, se solucionaron 22 puntos de los cuales 15 se resolvieron inmediatamente, 7 presentaron alguna dificultad, y 2 quedaron sin resolver: Laguna del Desierto y Hielos Continentales.

C. Laguna del Desierto

Para evitar más fricciones, y resolver el problema de la traza del límite en el sector de la Laguna del Desierto ambas Partes acordaron recurrir al arbitraje, designando de común acuerdo un Tribunal Arbitral integrado por cinco prominentes juristas latinoamericanos, de los cuales uno fue elegido por la Argentina: Dr. Julio Barberis, otro fue

elegido por Chile: Dr. Santiago Benadava y los otros tres fueron designados de común acuerdo: el Presidente del Tribunal Dr. Rafael Nieto Navia (Colombia), Reynaldo Galindo Pohl (El Salvador) y Pedro Nikken (Venezuela).

El laudo: La interpretación se basó en los principios de buena fe y de contemporaneidad, esta última referida al tiempo en que se dictó el Laudo de 1902, sin tomar en cuenta hechos posteriores a él a pesar de que fueron alegados por las Partes,²⁷ haciendo lugar a la posición argentina y denegando que la demarcación, alegada por Chile, revistiese esa condición. El fallo dispuso que el principio de la cosa juzgada brindaba eficacia a la parte decisoria del Laudo de 1902. Conforme al derecho internacional, la interpretación del Laudo debe ajustarse al sentido natural y ordinario de los términos, aplicando las reglas del recurso al contexto y del efecto útil. Tiene presente que “la interpretación de una sentencia implica no sólo la precisión del texto de los puntos resolutivos del fallo, sino también la determinación del alcance, y la finalidad de la resolución de acuerdo con las consideraciones de la misma”. Así, el Tribunal Latinoamericano llegó a la conclusión de que en el arbitraje de 1902 Chile invocó como línea limítrofe resultante de los acuerdos vigentes (Tratado de 1881 y Protocolo de 1893) la del “*divortium aquarum continental*”, es decir, las aguas que desembocan en el Pacífico para Chile y las que lo hacen en el Atlántico para la Argentina. Atendiendo a los principios de buena fe y de contemporaneidad, el Tribunal Latinoamericano interpretó que ello resultaba de los textos precisos de la manifestación de voluntad de Chile en 1902, con un sentido claro, terminante y reiterado. Chile reivindicaba el Lago San Martín y toda su cuenca por pertenecer al Pacífico; pero dejaba del otro lado de la frontera la cuenca del Río de las Vueltas perteneciente al Atlántico.²⁸

El argumento de Chile por el cual la aplicación del Laudo de 1902, a la luz de conocimientos geográficos adquiridos ulteriormente equivaldría a su revisión a través de la apreciación retroactiva de hechos nuevos fue rechazado por el fallo. Señaló el Tribunal que el Laudo de 1902 definió, una frontera que sigue un accidente de la naturaleza que,

²⁷ El Laudo reconoció como antecedente al Laudo de 1902: el Informe del Tribunal y el mapa del árbitro.

²⁸ En efecto, el límite reclamado por Chile pasaba al norte de los orígenes naturales y efectivos de la cuenca del Río de las Vueltas pero la divisoria continental no es el único criterio aplicado en el Laudo de 1902, también se vale de la divisoria local de las aguas, que es la que precisamente aplicó en el tramo de marras.

como tal, no depende del conocimiento cierto de los lugares sino de su configuración real. Por lo tanto, la divisoria local de aguas entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy existente en 1902 es la misma que puede trazarse en la fecha del presente arbitraje. Esta sentencia no revisa sino que aplica fielmente lo dispuesto en el Laudo de 1902. El Tribunal dispuso que el recorrido de la traza decidido debía ser demarcado y la sentencia ejecutada antes del 15 de febrero de 1995 por el perito geógrafo del Tribunal.²⁹

El gobierno de Chile, el 31 de enero de 1995, presentó dos recursos: uno de interpretación y otro de revisión fundados respectivamente en los artículos 39 y 41 del Anexo I del Tratado de Paz y Amistad de 1984, de los que el Tribunal dio traslado al gobierno argentino por un plazo de 90 días para efectuar observaciones. La contestación estuvo a cargo del agente arbitral argentino embajador Horacio Basabe quien sostuvo la posición Argentina ante el Tribunal Arbitral en Río de Janeiro.³⁰ El laudo, hoy en día, se encuentra plenamente vigente.

D. Los hielos continentales

Se trata de una colosal masa de hielo continental permanente que cubre la Cordillera de los Andes en el Oeste de la Provincia de Santa Cruz. Su conformación se debe a la acumulación de agua congelada proveniente de las precipitaciones de nieve y granizo, con un aporte anual medio de 5.000 a 7.000 mm de agua potable. Por efecto de la ley de gravedad, el hielo desciende de la cima de la Cordillera formando los "ríos de hielo" —que van desde las altas cumbres hasta el Pacífico en Chile y hasta el Atlántico en la Argentina—, aplicando en forma natural el principio de la "línea de las altas cumbres que dividen aguas" la que se convino en el Tratado de 1881 y en las Actas de 1898.

Para la totalidad de los historiadores, geógrafos, políticos y iusinternacionalistas argentinos, la zona de los Hielos Continentales nunca constituyó área de litigio, desde 1881. Después de las actas de 1898 sólo quedaban por colocar algunos hitos entre las altas cumbres para completar la demarcación. Por esta razón es que la cuenca del río Santa Cruz se encuentra íntegramente en territorio argentino.

²⁹ Comentario político de Angel Anaya en diario "La Nación", Buenos Aires, 26 de febrero de 1996.

³⁰ Declaraciones del embajador argentino Horacio Basabe, en "La Capital", Rosario, 21 de noviembre de 1994, Sec. 2da, p. 1.

Los 3.000 km² de hielos continentales que hoy están cuestionados son casi la extensión total de los hielos continentales atlánticos (argentinos), que en total suman 3.500 km², mientras que los 19.500 km² de hielos continentales del Pacífico (chilenos), no se discuten.

a) *El acuerdo de 1991*: fue firmado entre los presidentes Menem y Alwyn, el 2-8-1991, para precisar el límite en la zona comprendida entre el Monte Fitz Roy y el cerro Daudet (zona de los hielos continentales). Se trata del tramo más extenso de la frontera común aún no demarcada, debido a las especialísimas y rigurosas condiciones de la zona, cubierta de hielo. Para su demarcación se aplica la fórmula que se conoce como "la poligonal", la que no podrá ser invocada como antecedente para efectuar futuras demarcaciones ni se la podrá interpretar como una forma de derogación de principios jurídicos. En consecuencia "la Poligonal": ya rechazada por el gobierno argentino en julio de 1998, desplazaba el límite oeste de nuestro territorio en favor de Chile. Ante la ola de críticas y prevenciones que desató el texto del acuerdo, se firmó en el mes de diciembre del mismo año un Protocolo Adicional para aclarar sus alcances. El Dr. Rizzo Romano analiza los 9 puntos principales del nuevo protocolo, a saber: 1) no tiene incidencia en la utilización de los recursos hídricos; 2) la obligación mutua de no contaminar y conservar los recursos ecológicos; 3) no tiene influencia ni vinculación con las reclamaciones de soberanía marítima y terrestre en la Antártida; 4) se trata de una solución particular para un tramo de 226 km. de frontera; 5) beneficia exclusivamente a Chile; 6) establece una acción coordinada para la protección y preservación del medio ambiente; 7) se ratifica el Protocolo adicional y aclaratorio de 1893, lo que resulta improcedente, porque ambos Congresos ya habían ratificado ese Protocolo; 8) triunfa la posición chilena sobre el carácter indiscutido del monte Fitz Roy como elemento delimitatorio y 9) se requiere para ambos: Acuerdo y Protocolo, la aprobación del Congreso, y se debería fijar el límite con el criterio del art. 1º del Tratado de 1881.³¹

b) *Conclusiones*: La renegociación del acuerdo sobre hielos continentales deberá tener en cuenta las siguientes observaciones:

1) La vigencia de los acuerdos preexistentes: el tratado de 1881 y el laudo arbitral de 1902.

³¹ Sobre este tema ver Alfredo Rizzo Romano en "Pretensiones de Chile sobre el Hielo Continental Patagónico de la República Argentina", Buenos Aires, CEDYCS 1996.

2) Los derechos argentinos en la cuenca del río Santa Cruz, porque el límite internacional en los hielos debe corresponder a la divisoria de aguas que define la cuenca del río Santa Cruz.

3) No se trata de un recurso hídrico compartido asimilable a un lago, dada la independencia física de los glaciares de las vertientes en ambos lados de la cordillera.

4) La cuenca del río Santa Cruz es totalmente argentina, así como el lago del desierto conforme al Laudo arbitral de 1902 y al fallo del tribunal latinoamericano de 1994.

5) La importancia económica de la zona y su condición de ser una de las mayores reservas de agua potable del planeta.

6) La tecnología permite definir y demarcar el límite en los hielos con precisión y rápidamente.

54. Antártida Argentina, Malvinas e islas del Atlántico Sur

La Bula del Papa Alejandro VI, de 1493, atribuyó a España el dominio de polo a polo en tierras americanas, árticas y antárticas y, aunque su dominio efectivo le fue disputado en ambas extremidades por ingleses y rusos, su ocupación por el sur sobrepasó el paralelo de los 60°. Como sucesora de España, la Argentina ejerce soberanía sobre la parte antártica de tierra firme, las islas y los mares adyacentes, dentro de los meridianos de 25° y 74° de longitud oeste y desde el paralelo de 60° de latitud sur hasta el Polo Sur, formando el conjunto un triángulo esférico.

Como actos de posesión efectiva de nuestro país, cabe mencionar que el oficial de la marina de guerra argentina José María Sobral, acompañó al célebre explorador Otto Nordenskjöld, a comienzos del presente siglo; la corbeta ARA Uruguay, al mando del capitán Julio Irizar, rescató de los hielos a dicha expedición en los primeros días de diciembre de 1903. Nuestra armada también prestó un decisivo auxilio a las expediciones francesa y británica de Jean Charcot y William S. Bruce. Las instalaciones en la isla Laurie (Orcadas del Sur), de este último explorador, fueron cedidas al gobierno argentino, que por decreto del 2 de enero de 1904 las aceptó, estableciendo allí un observatorio meteorológico y oficina postal. La Argentina se convirtió así en el primer ocupante permanente de la Antártida, habiendo fundado allí numerosos establecimientos a cargo de científicos y hombres de las fuerzas armadas, como los de Melchior, 1947; Decepción, 1947-48;

Almirante Brown, 1951; Bahía Margarita, 1951; Esperanza, 1952; Bahía Luna, 1953; Ellsworth, transferida por EE.UU. en 1958, etc.

Chile y Gran Bretaña—que discuten nuestros legítimos títulos en esa región—han suscripto con nuestro país y las restantes naciones interesadas en el continente austral —Estados Unidos, URSS, Japón, Francia, Australia, Noruega, Bélgica, Nueva Zelandia y Sudáfrica— el denominado Tratado Antártico o de Washington del 19 de diciembre de 1959, que consta de 14 artículos. Por el mismo se establece el uso pacífico del continente y se prohíben establecimientos militares; se otorga libertad plena a la investigación científica, en base a la cooperación internacional. Ninguna disposición del tratado se interpretará como renuncia de derechos de dominio o de reclamaciones territoriales actuales o futuras por parte de los contratantes o terceros suspendiéndose durante su vigencia toda gestión al respecto; prohíben las explosiones nucleares y eliminación de desechos radiactivos, se conviene una libre inspección recíproca, incluso aérea, y la comunicación obligatoria de los actos científicos que se realicen. Se establece la actuación de la CIJ en caso de controversias y la revisión del convenio a los 30 años de su vigencia (1991, ya que recién en 1961 lo ratificó nuestro país y entró en vigencia.³² En 1991 se acordó la prórroga del Tratado.

Desde la celebración del Tratado Antártico, en cumplimiento de las disposiciones del mismo, se vienen realizando las Conferencias Anuales de los miembros del Tratado.³³

El tratado tiene doce Estados Partes originarios, a los cuales se agregaron en calidad de adherentes ocho Estados más: Polonia, Che-

³² Entre nosotros, Moreno Quintana y Labougle han criticado este tratado, por considerar que internacionaliza los territorios polares, lesionando nuestros derechos de soberanía y contrariando la letra y espíritu del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, que estableció la zona americana de seguridad con inclusión de la Antártida. En Canberra y Buenos Aires (1961-1962) se realizaron reuniones consultivas para concertar la mejor manera de aplicar las cláusulas antedichas. Los plenipotenciarios argentinos en 1959 (embajadores Scilingo y Bello), aclararon que "...ninguna de sus estipulaciones deberá interpretarse o aplicarse como afectando sus derechos fundados en títulos jurídicos, actos de posesión, contigüidad y continuidad geológica en la región comprendida al sur del paralelo 60, en el que ha proclamado y mantiene su soberanía...".

³³ La primera en Canberra en 1961; la segunda en Buenos Aires, en 1962; la tercera en Bruselas, 1964; la cuarta en Santiago, 1966; la quinta en París, 1968; la sexta en Tokio, 1970; la séptima en Wellington, 1972; la octava en Oslo, en 1974; la novena reunión celebrada en Londres, en 1977.

coslovaquia, Dinamarca, Países Bajos, Rumania, República Dominicana, Alemania y Brasil, de acuerdo a lo expuesto por el artículo 9º del texto. Hoy son 42 los Estados miembros.

Todos estos Estados han acordado que la Antártida se utilizará exclusivamente para fines pacíficos, prohibiéndose entre otras, toda medida de carácter militar, tal como el establecimiento de bases y fortificaciones, la realización de maniobras, así como los ensayos de toda clase de armas. No obstante ello, no se impide el empleo de personal o equipo militar para investigaciones científicas o para cualquier otro fin pacífico.³⁴

Pero como las relaciones internacionales están signadas por la economía, particularmente en esta segunda mitad del siglo XX, en que se ha dado la crisis energética y la escasez de ciertos recursos críticos, no podía dejar de plantearse en torno a la Antártida el problema de la posible explotación de sus recursos.³⁵

En la 6ª reunión, celebrada en Tokio en 1970, Nueva Zelandia planteó el problema del relevamiento de los recursos naturales, tema que en la 7a. reunión, llevada a cabo en Wellington, en 1972, tomó la forma de un trabajo titulado "El impacto de la eventual actividad de prospección de recursos naturales en el Medio Oriente", estudio que fue presentado en la 8ª reunión, que tuvo lugar en Oslo, en 1975. Respecto a este tema, los Estados con reclamación de soberanía sobre determinados sectores del continente antártico, plantearon en la reunión de Wellington la defensa del "equilibrio del ecosistema".

La comprobación de la existencia de petróleo, y, la avidez que despierta la explotación de ese recurso crítico en varias potencias

³⁴ El Tratado Antártico promueve la cooperación internacional en materia de investigación científica. Los Estados adherentes tendrían derecho a nombrar representantes en las reuniones a celebrarse de acuerdo al art. IX del tratado, siempre que demuestre su interés, mediante la realización de investigaciones importantes. De todos modos no existe una reglamentación del tratado que especifique los distintos tipos de investigación científica que están permitidos en la Antártida.

³⁵ Este tema crucial para los intereses argentinos en la Antártida, se trató en la Reunión de Londres de 1977. En la reunión preparatoria de París, en julio de 1976, los movimientos de internacionalización de la Antártida, aplicaron a la zona marítima de la Antártida lo establecido por la Convención sobre el Derecho del Mar, en virtud de la remisión expresa que hace el artículo 60 del tratado de 1959.

Como un acto de reafirmación de su soberanía en el sector antártico que pretende Chile, el General Pinochet visitó las tres bases chilenas (Arturo Prat, General O'Higgins y Presidente Frei) a principios de enero de 1977.

signatarias, tales como Gran Bretaña, EE.UU., Francia, Nueva Zelanda, Noruega, Bélgica y otros, puede llegar a producir la quiebra del sistema establecido en el Tratado Antártico.

Actualmente, nuestro país mantiene congelados los diferendos existentes con Chile y Gran Bretaña en torno a nuestra soberanía en el sector antártico. Pese a subsistir el conflicto en cuanto a la superposición parcial de sus casquetes polares, Chile y Argentina siempre han hecho causa común en las Conferencias del Tratado Antártico, una política que será necesario continuar.³⁶

A. El régimen jurídico de la Antártida

La reclamación de soberanía argentina en nuestro sector antártico se encuentra actualmente resguardada —y congelada— por el art. 4 del Tratado Antártico de 1959. Ese instrumento internacional, tiene el inmenso mérito de haber impedido que se trasladara a la Antártida las tensiones de la guerra fría que caracterizaban las relaciones internacionales de la época.

Con perspectiva histórica podemos decir que es el primer tratado que reúne a las dos superpotencias, y a otros países desarrollados, cuyo objeto y fin se centra en la paz internacional y en la cooperación internacional como pilares del cuerpo normativo y del sistema que se crea al efecto.³⁷

El régimen jurídico del sistema antártico se basa en los propósitos y principios que establecen el Tratado Antártico y las Convenciones, recomendaciones y resoluciones adoptadas por las reuniones consultivas previstas en el art. 9 del Tratado. Esas reuniones sustituyen la

³⁶ Ante la decisión de Polonia, firmante del tratado, de establecer una base en la Antártida, y la de Noruega de enviar una misión científica para explorar la Tierra de la Reina Maud, en una zona que reivindica Noruega, hacia el Este, y Argentina hacia el Oeste, deberá tenerse en cuenta que el Tratado Antártico no le asigna a esos establecimientos validez para fundamentar nuevos derechos.

³⁷ Como podrá recordarse, la firma y ratificación del tratado suscitó una gran polémica en nuestro país. No faltaron quienes interpretaron que se estaba renunciando a nuestra soberanía. Por esa razón es que el embajador Scilingo (negociador del acuerdo), explicó que existe, en última instancia, la posibilidad de retirarse del tratado, después de cumplido los treinta años de vigencia del mismo y de acuerdo a los requisitos que impone.

falta de instituciones para controlar las actividades en la Antártida y velar por el cumplimiento de su tratado.

Recién a partir de 1985, cuando empezó a hacerse sentir la presión de los países ajenos al Tratado Antártico para declarar a la Antártida como patrimonio de la humanidad, los miembros del tratado propusieron la creación de una Secretaría Permanente para su funcionamiento. Los miembros del sistema son los países originarios, o sea los primeros firmantes del Tratado, que son doce, y los demás Estados que adhieren posteriormente se denominan partes consultivas, no existiendo un límite numérico para su inclusión dependiendo la misma de que los Estados originarios se convenzan de la vocación del aspirante a ingresar por cumplir con los propósitos y principios del tratado. Las decisiones se toman por unanimidad, lo que asegura la continuidad de los principios rectores estructurados en forma interdependientes a los efectos de consolidar el necesario mantenimiento de un *status quo* de indefiniciones territoriales como presupuesto básico para el normal funcionamiento del sistema.³⁸

Sobre los principios del Tratado Antártico ya hemos expuesto en anteriores ediciones de este libro, pero cabe destacar su mantenimiento y el efectivo acatamiento que sus disposiciones han producido a nivel internacional, lo que pone en evidencia el reconocimiento generalizado de los contenidos básicos de dicho Tratado por parte de terceros Estados. Además los propósitos y principios del Tratado son plenamente compatibles con los de la Carta de Naciones Unidas.

La cooperación internacional y la libertad de investigación científica son objetivos de cumplimiento interdependiente. La cooperación internacional fundada en la libertad de investigación científica han consolidado una actitud permisiva en ese terreno. Actualmente la única limitación que se impone a la investigación científica es la del impacto negativo que esta produzca en el medio ambiente.

La necesidad de la especial protección del medio ambiente antártico ha impedido la entrada en vigencia de la Convención de Wellington de 1988 sobre la exploración y la explotación de las actividades mineras en la Antártida.

Como señala Guillermo Moncayo³⁹ el protocolo al Tratado Antár-

³⁸ Vinuesa Raúl Emilio: "El Sistema Antártico Propósitos y Principios en Antártida al iniciarse la década del '90", CARI, Bs. As., 1992, p. 14

³⁹ Op. cit., p. 15

tico sobre protección del Medio Ambiente firmado en Madrid en Octubre de 1991 incrementa tal protección y al de los ecosistemas dependientes asociados, imponiendo restricciones substanciales a la utilización del Territorio Antártico. Dicho protocolo establece un régimen institucional integrado por las reuniones consultivas y el Comité para la protección del medio ambiente antártico integrado por todas las partes del Protocolo.

El mismo autor destaca la existencia de dos tipos de Estados partes en el Tratado, los que reivindican soberanía (Estados territoriales), que son siete y entre los cuales se encuentra la Argentina, y los que desconocen tales pretensiones. Esta calificación fue institucionalizada en la Convención sobre recursos minerales antárticos. La existencia de estas dos categorías de Estados miembros permiten afirmar, que las reivindicaciones de soberanía efectuadas por los Estados territorialistas por un lado y los alcances asignados a esa situación por los Estados no reclamantes, demuestran que no existe un vacío jurídico y que por lo tanto la Antártida no puede ser considerada *res nullus*.

Pero debemos analizar objetivamente, la evolución de las relaciones internacionales contemporáneas, para determinar en que situación se encuentran actualmente los intereses en juego en torno a la Antártida. Se trata de los intereses de las partes, de los de la comunidad internacional y de los de nuestro país.⁴⁰

En cuanto a los intereses de las partes ya nos hemos referido a los intereses de los Estados originarios que se diferencian de los Estados incorporados posteriormente que son miembros consultivos.

Respecto a los intereses de la comunidad internacional hay distintas tendencias: a) los que aceptan sin cuestionamiento la regulación que establece el Tratado Antártico y b) los que procuran el establecimiento de una nueva regulación de la Antártida como patrimonio común de la humanidad. Este último grupo de países al que pertenecen los No Alineados han constituido un frente preocupante para la continuación del Tratado Antártico.

Los embates por la internacionalización de la Antártida son permanentes y han encontrado eco en las Naciones Unidas donde en 1983 se logró incluir en la agenda de la Asamblea General la cuestión Antártica, por lo que el Secretario General elaboró un informe pormenorizado sobre la situación del continente a dicha fecha.

⁴⁰ Moya Domínguez, María Teresa: "El Tratado Antártico, alternativas a partir de 1991", relato presentado ante el X Congreso Ordinario de la AADI, Buenos Aires, 1989.

No sólo los no alineados tienen intereses en la Antártida, también lo tienen los movimientos ecologistas como Green Peace y los que actúan en los partidos políticos europeos.

Finalmente los intereses argentinos en la Antártida están consustanciados con los principios y propósitos del Tratado Antártico. Por una razón de realismo político en la situación actual difícilmente la Argentina podría sostener individualmente sus derechos y pretensiones en la Antártida, más aún cuando desde la Organización de Naciones Unidas y del Movimiento de Países no Alineados se realizan fuertes presiones en pro de la internacionalización de la Antártida. La actitud prudente y coherente de los Estados miembros del Tratado en 1991 al vencer el plazo de una posible revisión del Tratado Antártico por haberse cumplido los treinta años de su vigencia, diluyó el peligro y neutralizó las corrientes de internacionalización. Con relación a la preservación del medio ambiente y las posibilidades de exploración y explotación de recursos mineros en la Antártida, la Argentina se ha pronunciado con prudencia sobre el tema, absteniéndose de firmar o ratificar convenciones como la de Wellington de 1988. En cambio sí ha suscripto el Protocolo de Protección Ambiental en la Antártida en Madrid, octubre de 1991.

Un estudio riguroso y crítico realizado por Juan Carlos Puig analizó la cuestión a la luz del derecho internacional y sostuvo que solo los Estados reclamantes de soberanía pueden legalmente determinar la suerte de los recursos naturales en la región.⁴¹ En sentido semejante destacó la importancia de los Estados Reclamantes en el sistema Antártico el Dr. Moncayo.⁴²

B. El funcionamiento del sistema del tratado antártico

Comprende la reglamentación de las inspecciones, los intercambios de información, las medidas de facilitación de la cooperación científica internacional y el régimen de protección del medio ambiente antártico. Todas estas recomendaciones también crearon un sistema de *Zonas Antárticas Protegidas*, que son las siguientes a) Zonas Especialmente

⁴¹ Puig, Juan Carlos: "La Antártida Argentina ante el derecho, 25 años después", en "La Antártida en el sistema internacional del futuro", compilado por Carlos Moneta, GEL, Bs. As., 1989.

⁴² En op. cit.

Protegidas, que son áreas de sobresaliente interés científico; b) Zonas de Planificación de Usos Múltiples, destinadas a garantizar que las actividades en la Antártida por sus efectos combinados no resulten en una interferencia negativa.

Según Puceiro Ripoll el sistema antártico actual se caracteriza por su globalidad, su universalidad, su previsibilidad por el establecimiento de un sistema, por la información mutua, por la estructuración de un régimen de coordinación y cooperación y por el desarrollo de un régimen de solución pacífica de controversias.⁴³

C. Islas Malvinas

Durante la dominación española tuvieron lugar conflictos con Francia e Inglaterra por la posesión de las islas Malvinas. El navegante francés Bouganville fue el primero que ocupó estos territorios, a nombre de su soberano, en 1764. La protesta española no se hizo esperar, fundándose en la dependencia geográfica del continente americano, a cuya plataforma submarina están unidas; en las bulas *Inter caetera* y *Dudum si quidem* del Papa Alejandro VI de 1493, y en el tratado de Tordesillas, suscripto con Portugal en 1494. Francia aceptó esta tesis y en 1767 entregó Port-Luis al gobernador designado por la corona hispana, don Felipe Ruiz Puente, que lo bautizó con el nombre de Puerto de la Soledad. Mientras tanto (1765), los ingleses se habían instalado en Port Egmont, de donde fueron desalojados en 1770, desocupando definitivamente las Malvinas en 1774. Desde este momento, hasta 1810, se sucedieron en las islas distintos gobernadores españoles. El 6 de noviembre de 1820 el capitán David Jewett, comandante de la fragata Heroína, cumpliendo instrucciones del gobierno de Buenos Aires, tomó solemne posesión del archipiélago en nombre de nuestra patria, continuando esta situación hasta el atropello inglés de 1833.

A partir del mismo las protestas argentinas no han cesado, lográndose merced a la firmeza de las mismas, llamar la atención de las Naciones Unidas. El representante argentino ante el subcomité III del comité especial (descolonización para la aplicación de la resolución 1514 (XV), embajador Dr. José María Ruda, fundó los derechos de la

⁴³ Puceiro Ripoll, Roberto, "El Sistema del Tratado Antártico: Treinta años y algo más", en "El Derecho Internacional en un Mundo en transformación", T. I, ps. 639 a 675.

Argentina sobre las Malvinas, con fecha 8-9-1964. El diplomático británico, negó competencia al subcomité para entrar a considerar cuestiones de soberanía o reclamaciones territoriales. El pronunciamiento unánime del mencionado subcomité recomendó a los gobiernos de Argentina y Gran Bretaña entablar negociaciones teniendo en cuenta los términos de la Carta de las Naciones Unidas sobre el colonialismo, los intereses del pueblo de las islas y los puntos de vista expresados en el organismo. Asimismo, invitó a ambos gobiernos a informar al comité especial y a la Asamblea General de los resultados de las negociaciones.⁴⁴

El diferendo que sostienen la Argentina y el Reino Unido de la Gran Bretaña por la soberanía de las islas, ha sido llevado al foro de la ONU en cuya AG, particularmente en el Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, se han aprobado una serie de resoluciones, que en general apoyan la tesis argentina.⁴⁵ La Argentina logró obtener en la AG de la ONU la

⁴⁴ El 2 de julio del año 1971, la delegación argentina y británica efectuaron una declaración conjunta, relativa a las comunicaciones y el movimiento entre el territorio continental argentino y las Islas Malvinas, con la participación de los isleños. Las conversaciones tuvieron lugar dentro del marco general de las negociaciones recomendadas por la resolución 2065 (XX) de la AG de las Naciones Unidas.

⁴⁵ El informe del comité especial sobre las islas Malvinas (AC/A/ AC.109/ L. 1105), del 16-7-76, señala que la economía del territorio dependía casi totalmente de la cría de ovejas pero también son considerables las actividades pesqueras, la explotación de las algas marinas y últimamente el turismo. Se explota el krill —caracol abundante en la plataforma patagónica argentina— y se practicaron estudios para determinar la existencia de yacimientos petrolíferos. Sus principales empresas son la Falkland Islands Company que es el mayor productor de lana de las islas y controla la actividad bancaria, el comercio y el transporte marítimo local: la Falkland Islands Times, turística; la Talyo Fishery Company del Japón para la industria de pesca de altura, comprendiendo el krill; y la Alginat Industries Ltda., fábrica de elaboración de algas. Actualmente, el territorio depende de las importaciones para satisfacer casi todas sus necesidades de bienes de consumo y de equipo esencial.

Además del informe preparado por el Comité Especial en julio de 1976 se publicó en Londres, el "Informe Shackleton", preparado por Lord Shackleton después de la expedición científica e informática que hiciera a las islas Malvinas a principios de ese mismo año. El informe está publicado en 2 volúmenes, el primero de los cuales hace una revista histórica y geográfica de las islas, analizando su actividad económica actual y potencial en lo que respecta a lo agropecuario, fundamentalmente en lo que hace al ganado ovino, la pesca, la explotación minera, la incipiente industria, artesanía, sistema de transporte y comunicaciones; el comercio, el turismo, y la infraestructura social y de servicios públicos. El segundo volumen hace la exposición

aprobación de la Resolución 2065 por lo cual descalifica la aplicación del principio de autodeterminación en el caso Malvinas, porque los malvinenses no son nativos de una colonia sino súbditos de un país usurpador.

En la resolución del 17-9-76, se pidió a ambos gobiernos que aceleren las negociaciones y que se abstengan de adoptar decisiones que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación mientras las islas están atravesando por el proceso recomendado en las resoluciones 1514 (XV); 2065 (XX) y 3160 (XXVIII); y se tiene en cuenta las decisiones aprobadas en la conferencia de ministros de Relaciones Exteriores de Países No Alineados, de Lima, 1975, y por la 5ª Conferencia de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países No Alineados, celebrada en Colombo, capital de Sri Lanka (Ceylán), en 1976. En la primera de las conferencias mencionadas, se reconoció claramente el derecho de Argentina y se excluyó la aplicación, en este caso particular, del principio de autodeterminación, atento a que la ocupación británica constituye una violación del principio de integridad territorial que la resolución 1514 (XV) consagra específicamente. El ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, en la sesión del 23-9-75; expuso que el "Programa de Lima de Solidaridad y Asistencia Mutua" vigorizaba el propósito argentino de obtener en el más breve plazo, por la vía indicada en las resoluciones 2065 y 3160, el reintegro de las Islas Malvinas al patrimonio nacional. No obstante todas las gestiones realizadas, entre los últimos tres meses del año 1975 y los primeros del año 1976, se suscitaron una serie de tensiones entre los dos gobiernos, de las cuales, la más grave fue la violación de la soberanía marítima argentina en que incurrió el buque británico Shackleton.⁴⁶

descriptiva de los puntos tratados en el primer volumen y propone una estrategia para el desarrollo en la que se advierte la clara conciencia de que dicha estrategia se tendrá que llevar a cabo con la colaboración y hasta la participación de Argentina.

El aspecto que más interesa destacar del informe es que se refiere a la existencia de yacimientos de hidrocarburos (gas y petróleo), en la plataforma submarina de las islas, comprendida a su vez en la plataforma continental de la Patagonia argentina.

En 1998 la economía de las islas ya no depende de la cría de ovejas sino de la actividad pesquera, la explotación de algas marinas, del krill y del turismo. En mayo de 1998 empezó, inclusive, la explotación petrolera sin consulta previa, y ya se habla de la explotación gasífera.

⁴⁶ Este hecho suscitó una formal y enérgica protesta del gobierno argentino que elevó al Reino Unido en nota del 4-2-76 solicitando que el gobierno británico adopte medidas de sanción a los responsables y evite la repetición de hechos similares.

Gran Bretaña sufrió un serio revés en sus pretensiones, al aprobarse por una abrumadora mayoría de 94 votos, uno en contra y 32 abstenciones, el texto de la resolución de la AG (31-3-62) por la que se aprueba el capítulo del informe del Comité Especial concerniente a las Islas Malvinas y, en particular, a las conclusiones y reconocimiento al gobierno de la Argentina por sus continuos esfuerzos para ajustar su conducta a lo requerido por el comité.

El Comité de los 24 o Comité de Descolonización, dio una nueva y más contundente demostración de apoyo a la tesis argentina al aprobar casi por unanimidad (sin votos en contra y con sólo 5 abstenciones), una declaración en la que reconoce que la disputa tiene su origen en la "cuestión de soberanía". El proyecto fue presentado por Irak y apoyado por Yugoslavia, Cuba, Malí y Siria, y se aprobó el 17-9-76.

Por otra parte, la aprobación a través de la ley 21.478 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones, constituyó un acto de reafirmación de la soberanía nacional sobre las Islas Malvinas.⁴⁷

Nuestro representante permanente ante las NU, Embajador Carlos Ortiz de Rosas envió sendas cartas explicativas del hecho al Presidente del Consejo de Seguridad y al Secretario General del comité especial, revistiendo las dos notas el carácter de documentos oficiales. (A/AC.109/482 del 28-3-75;19 20/204/COR/ih).

A mediados de febrero los dos gobiernos mantuvieron una serie de encuentros a través de sus representantes en New York, a fin de reanudar su diálogo respecto al territorio y de normalizar sus relaciones, ayudando a subsanar el conflicto del Shackleton, que abandonó las aguas argentinas el 21 de febrero de 1976, rumbo a la Antártida. Las tensiones no obstante, volvieron a suscitarse a raíz del intercambio de notas dirigidas al presidente del comité especial iniciada por el representante permanente del Reino Unido, el cual rechazaba las conclusiones a que había arribado el Comité Jurídico Interamericano sobre el problema Malvinas y llegaba los derechos de soberanía británica sobre las islas, haciendo una breve reseña histórica de la presencia británica en las mismas. La Argentina refutó las declaraciones inglesas en el acostumbrado estilo de Ortiz de Rosas.

⁴⁷ Efectivamente la ley expresa que "toda referencia en el protocolo final del convenio o en cualquier otro documento de la conferencia de plenipotenciarios de la UIT, a las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, bajo la errónea denominación de "dependencias Islas Falkland" en nada afecta los imprescriptibles e inalienables derechos soberanos de que es titular la República Argentina sobre las mismas". La aclaración fue necesaria ya que el mencionado convenio firmado el 25-10-73, sus anexos y protocolos adicionales designaba al archipiélago con el nombre de Islas Falkland. La aclaración también se extiende a la zona que los documentos internacionales señalados denominan como "territorio antártico británico", resolviendo la ley que dicha referencia en nada afecta los derechos de la República en el Sector

Al comenzar febrero de 1977, llegó a Buenos Aires una misión británica encabezada por el subsecretario de Relaciones Exteriores sir Edward Rowlands,⁴⁸ pese a que la negociación fue amistosa no se pudo tratar el tema de la soberanía.

a) *La guerra. Las negociaciones posteriores. Estado actual.* Luego de las negociaciones del año 1977, al año siguiente, Argentina tuvo que realizar una nueva protesta frente a la decisión inglesa de crear una Zona de Jurisdicción Marítima de 200 millas alrededor de las islas lo que quedó sin efecto.

Entre 1979 y 1980 el gobierno laborista inglés analizó las siguientes alternativas de solución del conflicto, consultando a las autoridades locales malvinenses; a) el congelamiento de la controversia por 25 años, b) la constitución de un sistema de *lease back* por el cual la soberanía sería reconocida a la Argentina, pero el ejercicio de competencias sobre el territorio estaría en manos del Reino Unido por un tiempo determinado, y c) la creación de un régimen de administración conjunta. La reacción del Legislative Council de las Falklands (administración local

Antártico Argentino, haciendo mención a la reserva del art. 4 del Tratado Antártico. Además se dejó expresa constancia de que la Argentina tampoco acepta la declaración formulada por el Reino Unido e Irlanda del Norte al firmar el protocolo final con respecto a los derechos sobre los territorios mencionados.

⁴⁸ Esta misión debía resolver 3 problemas: a) la situación de los casi 2.000 habitantes de las islas; b) la posición parlamentaria británica sobre el tema; c) la posición del gobierno argentino de negociación por reclamo directo. Posteriormente, en julio y noviembre de 1977 se realizaron 2 reuniones para continuar las negociaciones sobre la soberanía de las Malvinas, de acuerdo a los compromisos firmados. La delegación argentina procuró que se trate primero el tema de la soberanía antes que el de la cooperación económica, que, sin duda, favorece más a los ingleses que a nosotros.

En cuanto al primer problema los malvinenses mantienen sus lazos étnicos con ingleses y escoceses, pero sus relaciones con la Argentina serán más fáciles cuanto más se mejoren los medios de comunicación entre las islas y el continente. Por lo que hace a la segunda cuestión, tanto el gobierno de Gran Bretaña como la FIC coinciden con las conclusiones del informe Schacketon de que el futuro y el progreso económico de las Islas dependen de la cooperación argentina que deberá ser para ello permanente y creciente. En realidad se percibía en Londres donde también se tuvo en cuenta el creciente consenso internacional favorable a nuestro país. Por lo que hace al 3er problema, Argentina aumentó los contactos entre la parte continental del país y el archipiélago. Por su parte la OEA calificó de nación usurpadora a Gran Bretaña al tratar el caso en 1977.

malvinense) fue el de continuar con el "*status quo*", no reconociendo necesidad alguna de negociar la soberanía de las islas.

A partir de 1979 se suceden negociaciones infructuosas, hasta que a principios de 1982 el gobierno nacional propone al Reino Unido la concertación de una agenda con temas y plazos definidos. Los ingleses reaccionaron negativamente, poniendo en evidencia la intención de no hacer lugar a la petición argentina mantenimiento el *status quo* existente.⁴⁹

El endurecimiento de la posición británica y su inmutabilidad, llevó a la Junta Militar que entonces gobernaba a la Argentina a recurrir a las armas, por lo que el 2 de abril de 1982 invadieron las Islas Malvinas. Ante la reacción argentina, el Reino Unido rompió relaciones diplomáticas, impuso la prohibición de tráfico y envío de armas e introdujo restricciones de tipo comercial y financiero.

La comunidad internacional no permaneció impasible ante el conflicto. En forma sucesiva y con un gran despliegue de esfuerzo político, ofrecieron sus buenos oficios: el Secretario de Estado norteamericano, general Alexander Haig, el presidente del Perú Belaúnde Terry y el secretario general de Naciones Unidas Javier Pérez de Cuéllar, para ayudar a las partes a arribar a una solución pacífica. Las gestiones resultaron infructuosas, por lo que las acciones militares continuaron. Luego de serios enfrentamientos, donde se destacó la destreza y el valor de la fuerza aérea argentina, y la tremenda desigualdad de equipamiento, soporte logístico de los EE.UU., edad y experiencia de los combatientes, en desmedro de las tropas de nuestro país, el Reino Unido retomó las islas y las fuerzas argentinas se rindieron el 14 de junio de 1982.⁵⁰ Sobre el desarrollo de la guerra nos referimos en la Sección XXVII 120 E.

Mil novecientos ochenta y tres fue el año de la ansiada transición democrática en la Argentina. El presidente Raúl Alfonsín y su canciller, Dante Caputo, reanudaron las tratativas para negociar el tema Malvinas. No obstante los esfuerzos, las conversaciones llegaron a un punto muerto, dado que la Argentina quería que se tratara la cuestión de la soberanía, mientras que Gran Bretaña se negaba a hacerlo. Así siguió la situación hasta el cambio de gobierno.

⁴⁹ Ver Costa Méndez, Nicanor: "Malvinas, esta es la historia". Ed. Sudamericana, Bs. As., 1993.

⁵⁰ Ver Puig, Juan Carlos: "Malvinas y Régimen Internacional", Ed. Depalma, Bs. As., 1983.

A partir del gobierno de Carlos Menem, las relaciones con el Reino Unido se hicieron más ágiles. Argentina propuso conversaciones bilaterales directas en las Naciones Unidas. Ambas partes convinieron en dejar de lado la cuestión de la soberanía sobre las Islas Malvinas y se desarrollaron una serie de conversaciones bilaterales.

El Acuerdo de Madrid, de octubre de 1989 permitió restablecer relaciones consulares, y las comunicaciones aéreas y marítimas. En el campo militar se adoptaron medidas destinadas a aumentar la confianza mutua. Otro tema conflictivo que comenzó a tratarse fue el de la pesca.

En febrero de 1990, también en Madrid, se acordó el restablecimiento de las relaciones diplomáticas. En lo militar se estableció un sistema de notificación destinado a asegurar que no se produjeran malentendidos entre ambas fuerzas militares, y se convino que los familiares de los militares argentinos muertos en las Islas podrían visitarlos, lo que recién se concretó en marzo de 1991. Para fortalecer las relaciones se decidió fomentar la cooperación bilateral en materia de inversiones y control de drogas.

En noviembre de 1990, nuevamente en Madrid, se acordó la formación de una Comisión Conjunta de Pesca para intensificar la cooperación en materia pesquera. Se estableció además la zona de conservación exterior de las Islas Malvinas.

Para poder avanzar en las negociaciones, Argentina y Gran Bretaña adoptaron la fórmula del paraguas de soberanía, por el que acuerdan sobre distintos temas sin que ello obste al reclamo de soberanía.⁵¹

El restablecimiento de las relaciones diplomáticas, aceleró el buen entendimiento, suscribiéndose acuerdos sobre abolición de visados, cooperación cultural, y otros temas.

El canciller británico, Douglas Hurd, visitó Buenos Aires a principios de 1993, con la finalidad de lograr un acuerdo pesquero (con la intención de asegurar la supervivencia económica de los malvinenses), pese a lo cual ratificó la postura inglesa respecto a la soberanía.

El acuerdo en materia comercial entre Gran Bretaña y Argentina, firmado en 1995 por el Canciller Guido Di Tella y su colega Malcolm Rifkind, estableció una zona de cooperación petrolera en el Atlántico sudoccidental. El entendimiento no incluyó la zona de las Islas Malvinas.

⁵¹ Moya Domínguez, María Teresa: "Los acuerdos argentino-británicos sobre Malvinas y la fórmula del paraguas", en *La Nación*, 1993.

El acuerdo conocido como la "Declaración Conjunta de Nueva York", fue firmado en Londres por representantes de ambos países en diciembre de 1997.

En materia pesquera desde 1995 no hay acuerdos relacionados con la pesca del calamar, que constituye el principal ingreso de los Kelpers y tampoco existe acuerdo respecto a las islas Georgias.

El 1º de julio de 1997 el Reino Unido cumplió con su compromiso de entregar Hong Kong a China continental, lo que abre una nueva esperanza respecto a las Malvinas. Nuestro país no es China, no obstante, se hacen ingentes esfuerzos por recuperar la confianza británica y sobretodo la de los malvinenses, a fin de darle solución a nuestro centenario reclamo.

En febrero de 1998 el gobierno argentino reconoció que viene sosteniendo negociaciones secretas con Londres con la intención de llegar a un acuerdo global sobre pesca, petróleo y comunicaciones. Esas conversaciones se iniciaron en 1984 con el gobierno del Dr. Alfonsín y se llevaron a cabo en la ciudad de Berna, pero terminaron en un público fracaso. El gobierno del presidente Menem continuó esas conversaciones en la ciudad de París. En las últimas reuniones se acordó la visita del Dr. Menem para el mes de noviembre de 1998 y la forma en que será recibido por la reina Isabel II. El tema de la soberanía sigue siendo materia de conversaciones secretas por las partes.

b) Islas Malvinas y la libre determinación de los pueblos. Una cierta y definida sensación de que se estaba innovando en una tradicional costumbre se sintió en la Asamblea General de las Naciones Unidas cuando hace dos años el alto organismo designó como miembro de la Corte Internacional de Justicia a la profesora de Derecho Internacional de la Universidad de Londres, Rosalyn Higgins. Era la primera vez en la historia de Naciones Unidas (también de la Liga de las Naciones) que una mujer era elegida para integrar el más alto tribunal judicial del mundo. Así se refiere Enrique Ferrer Vieyra a la incorporación de la mencionada juez.⁵²

⁵² La profesora Higgins había dictado un curso sobre derecho internacional general en 1993 en la academia de La Haya que tuvo una amplísima repercusión por la originalidad del enfoque sobre cuestiones clásicas de derecho. A nosotros nos interesa particularmente el contenido del Cap. VII del libro resumen de sus clases *Problems and how we use it* (Oxford University Press, 1996). El capítulo citado se denomina "Self-determination" y se refiere a la tan discutida y analizada institución de la *libre determinación* que permitió a numerosos pueblos coloniales acceder a la

La originalidad del pensamiento de la actual jueza de la Corte, reside en que no elabora sobre el contenido de la expresión pueblo (la Argentina ha sostenido que los habitantes de las Malvinas no constituye un pueblo ni jurídica, ni políticamente), sino en el derecho de las minorías raciales en relación al principio de la integridad territorial, principio defendido plenamente por la Carta de Naciones Unidas. A este respecto, dice la jueza Higgins en forma terminante que las minorías, como tales, no tienen derecho a la libre determinación. Refiriéndose a otro aspecto de la cuestión y citando expresamente el caso de las Malvinas, opina que la cuestión de la soberanía territorial es anterior a la discusión de si los habitantes de las Islas gozan del derecho de la libre determinación. Dice —y transcribimos el texto en inglés— “Until it is determined where territorial sovereignty lies, it is impossible to see if the inhabitants have a right to self-determination”. Coincidimos con Ferrer Vieyra en que la opinión de la profesora Higgins merece un especial estudio por nuestra Cancillería y por nuestros profesores de Derecho Internacional.

Gran Bretaña cambió la terminología y pidió que se tuvieran en cuenta los deseos e insiste en que se debe respetar el derecho de libre determinación de los habitantes de las islas. Repitiendo las palabras de la jueza Higgins, si el territorio pertenece a la Argentina sus habitantes no tienen derecho a la libre determinación. Esa falta de derecho a la autodeterminación es lo que posiblemente motiva la obstinada negativa británica a discutir sobre soberanía.

c) Sinopsis. Los títulos de la República Argentina sobre las islas Malvinas:

1. Actos jurídicos internacionales y de derecho público nacional:

a) La Bula de SS el Papa Alejandro VI (1493).⁵³

b) El Tratado de Tordesillas (1949).⁵⁴

independencia política. La libre determinación no es una institución que los juristas ingleses hayan aceptado fácilmente. Recordemos las declaraciones del profesor Fawcett (de la misma Universidad de Londres) ante la Cámara de los Comunes en 1983 en la que dijo que la libre determinación de los pueblos era “un axioma político” más que un principio legal, agregó textualmente: “Creo que no tiene sentido llamarlo como un derecho legal”. Ferrer Vieyra Enrique, *El Cronista Comercial* del 7-1-97.

⁵³ Las islas se hallan insertas a occidente de la línea trazada de polo a polo al oeste de las islas Azores y Cabo Verde, por lo que pertenecen a España.

⁵⁴ Por este convenio los Reyes de España y Portugal convinieron en llevar la demarcación anterior a 270 leguas más al oeste.

- c) Conjunto de Decretos y Cédulas de los Reyes españoles.⁵⁵
- d) La real Cédula del 1º de agosto de 1776 de SM el Rey Carlos III que crea el Virreinato del Río de la Plata.⁵⁶
- e) Conjunto de Decretos argentinos. Desde 1810 los gobernadores de Buenos Aires continuaron en el ejercicio de la soberanía española respecto a Malvinas.⁵⁷
- f) El Tratado entre España y Argentina del 20 de setiembre de 1863.⁵⁸
- g) Reconocimiento de los Reyes Europeos de la españolidad y consecuente argentinidad de las Malvinas.⁵⁹
- h) La Carta de las Naciones Unidas.
- i) La Resolución Nº 1514 de las Naciones Unidas que dice: "...toda situación colonial que destruya total o parcialmente la unidad nacional e integridad territorial de un país es incompatible con los fines de la Carta de las Naciones Unidas".
- j) La Resolución Nº 2065 del 18 de noviembre de 1965 aprobada por 94 votos a favor y 14 abstenciones. Insta a los gobiernos de ambos Estados a encontrar una solución pacífica al problema de las islas Malvinas teniendo en cuenta los principios de la Carta y los intereses de los pobladores.

⁵⁵ Los monarcas hispanos ejercieron actos de administración y soberanía sobre las islas del Atlántico Sur, que luego detallaremos.

⁵⁶ Desde 1767 el gobernador malvinense dependió del gobernador de Buenos Aires y luego del Virrey con asiento en esa ciudad.

⁵⁷ Tratado entre Gran Bretaña y Argentina del 2 de enero de 1825. Suscrito por Woobne Parish (Reino Unido) y Manuel José García (Provincias Unidas). Este Tratado de amistad, comercio y navegación, importó el reconocimiento de la independencia argentina por parte del Reino Unido pero que no hizo reserva alguna respecto a territorios o islas en litigio.

⁵⁸ Mediante esta Convención la Madre Patria nos reconoció como "...Nación libre e independiente compuesta por todas las provincias mencionadas en su Constitución Federal vigente y de los demás territorios que legítimamente le pertenecen...", dejando expresa mención de su renuncia a "...la soberanía, derechos y acciones que le correspondieron sobre el territorio de la nueva República", todo lo cual nos convierte en sucesores de los derechos y acciones que España tenía sobre las Islas Malvinas.

⁵⁹ S.M. el Rey Luis XV reconoció expresamente la soberanía española en 1767 al ordenar el retiro del capitán Bougainville; Holanda lo hizo implícitamente al no protestar la fortificación de las islas dispuesta por S.M. el Rey Felipe III de España.

k) Ley que crea la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

l) Por resolución de la Asamblea General 3160 sobre la cuestión de las islas Malvinas (Falkland) del 14 de diciembre de 1973 se expresa que: "...la manera de poner fin a esta situación colonial es la solución pacífica del conflicto de soberanía entre los gobiernos de Argentina y del Reino Unido con respecto a dichas islas".

m) Ley N° 20.561 reglamentada por decreto N° 1635/74 que declaró al 10 de junio "Día de Afirmación de los Derechos Argentinos sobre las Islas Malvinas" por ser el aniversario coincidente del desalojo de los ingleses en 1770 y del decreto de 1829 que creó la Comandancia Política y Militar de Malvinas con Capital en Puerto Soledad.

n) En febrero de 1976 estalla un conflicto por la soberanía a consecuencia de la expedición británica Shackleton que inspeccionó la zona sin comunicarlo ni pedir autorización a la Argentina, provocando una áspera reacción de nuestro país. El Gobierno se opuso a lo que consideró un cambio unilateral de la situación existente a partir del inicio de las negociaciones.

o) La Asamblea General aprueba el 1° de diciembre de 1976 la Resolución 31/49 por la que insta a las dos partes a que se abstengan de adoptar decisiones que entrañen la introducción de modificaciones unilaterales en la situación. Reitera el reconocimiento de los esfuerzos argentinos y pide a ambos Estados que aceleren las negociaciones relativas a la disputa de soberanía. Las negociaciones alteradas en 1975 como consecuencia del incidente del Shackleton se reanudan recién en 1977.

p) La falta de respuesta por parte de los ingleses ante los reclamos argentinos y la no resolución del conflicto fueron algunas de las causales que desataron la guerra de 1982.

q) El Comité de Descolonización de las Naciones Unidas, viene aprobando resoluciones que instan a las partes a negociar para solucionar la cuestión de las Malvinas, lo que continuó haciendo luego de finalizada la guerra de las Malvinas.⁶⁰

⁶⁰ El Comité de Descolonización de la ONU, el 29 de julio de 1992 aprobó por veinte votos a favor, ninguno en contra y tres abstenciones, una Resolución en la que "...Deplora que, a pesar del amplio respaldo internacional a una negociación entre los gobiernos de Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte que incluya todos los aspectos sobre el futuro de las Islas Malvinas (Falkland) aún no hayan comenzado a aplicarse las Resoluciones de la Asamblea General sobre esta cuestión".

r) El Grupo de Países No Alineados también acompañó a la Argentina antes y después de la guerra.

s) El 19 de mayo de 1992 la XXII Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, reunida en Bahamas declaró la cuestión de las Malvinas “tema de interés hemisférico permanente” y reiteró la resolución N° 928 del 19 de noviembre de 1988 por la que solicita al gobierno del Reino Unido y al de Argentina “...encontrar una solución pacífica a la disputa de soberanía a la brevedad posible”.

t) En 1994, al producirse la Reforma Constitucional se incorpora una cláusula por la que la recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía “respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”.

u) En el Senado de la Nación, el senador Eduardo Menem presentó un proyecto en el cual se dispone reclamarles a las compañías petroleras que operan en la zona de las Malvinas sin autorización de Argentina, que paguen el 3 por ciento de sus regalías, más un canon exploratorio. El proyecto determina sanciones a aquellas compañías que se negaren a hacer el pago.

2. Razones geográficas: La *adyacencia geográfica* habida cuenta que es inexplicable que unas islas que se hallan a 480 km. de un Estado puedan pertenecer a otro del que distan 12.000 km.⁶¹

3. La *posesión real y efectiva* ejercida por largo tiempo a través de actos inequívocos y concluyentes:

a) Desde 1767 a 1811 las islas fueron administradas por gobernadores españoles de la Gobernación o Virreinato de Buenos Aires. En total fueron 24 gobernadores que se sucedieron en forma ininterrumpida y constante.

b) Los informes elevados por estos gobernadores ilustran claramente sobre el grado de población e industria alcanzado en las islas.

c) Los acontecimientos de 1810 impidieron reemplazar al último

⁶¹ Este fundamento ya esgrimido por el célebre decreto del 10 de junio de 1829 se halla incorporado a las exposiciones y demandas argentinas ante la Organización de Estados Americanos y Naciones Unidas. Desde el punto de vista geográfico las islas son una emersión de la plataforma submarina que se extiende al E. del contorno ribereño argentino.

governador español Guillén Martínez, que se retiró de las islas el 13 de febrero de 1811.⁶²

d) En 1820, el gobierno de Buenos Aires envía la fragata Heroína al mando del Coronel de Marina, David Jewitt, corso estadounidense adherido a la causa de la independencia argentina, con tropas a sus órdenes para tomar posesión de las Malvinas.⁶³

e) El coronel Jewitt se retiró de las islas en 1821, siendo reemplazado por el Teniente Coronel Guillermo Mason.

f) El 10 de junio de 1829 el gobernador delegado de Buenos Aires, general Martín Rodríguez crea por decreto la Comandancia Política y Militar de las Islas Malvinas, con Capital en la isla Soledad designando para el cargo a don Luis Vernet (1791-1872).⁶⁴

g) Vernet gobernó las islas hasta el 10 de setiembre de 1832.⁶⁵

h) En cuanto a la actitud británica respecto de los actos de Estado consumados por las Provincias Unidas sobre las Islas Malvinas, el encargado de negocios británicos en Buenos Aires, Woodbine Parish presentó el 19 de noviembre de 1829 una protesta formal respecto de los alcances del Decreto del Gobierno de Buenos Aires del 10 de junio de 1829.⁶⁶

4. *La sucesión de Estados*: La República Argentina fundamenta su soberanía sobre las Islas Malvinas en el derecho que le otorga la sucesión de Estados. Esa sucesión respecto a España se efectiviza y legítima en el derecho a la autodeterminación ejercido en 1810 por las

⁶² El 30 de mayo de 1810 —a los cinco días de gobierno— la Primera Junta despacha favorablemente un expediente ordenando abonar sueldos impagos del ex Gobernador español Gerardo Bordas; la Resolución lleva las firmas ilustres del presidente coronel Cornelio Saavedra, del secretario Dr. Juan José Paso, el que pide que un contingente de presidiarios sea confinado en las islas.

⁶³ El 6 de noviembre de 1820 Jewitt iza el pabellón azul y blanco de los argentinos ante la tropa emocionada y el mar rugiente hasta “El Redactor de Cádiz” se hizo eco de la noticia en 1821.

⁶⁴ La acción depredadora de balleneros y loberos extranjeros hizo que el gobierno de Buenos Aires se decidiera a tomar medidas de control más eficaces, por lo que creó la Comandancia. El decreto de creación de la Comandancia lleva la firma de su ministro de Relaciones Exteriores, doctor Salvador María del Carril.

⁶⁵ Vernet cumplió una loable labor por la expansión económica y comercial de las islas.

⁶⁶ Esta intención de Gran Bretaña expresada en el acto de protesta se contradice con la reiterada aquiescencia británica frente a la actitud asumida por las Provincias Unidas, reivindicando ser la legítima sucesora de España en las Islas Malvinas.

Provincias Unidas del Río de la Plata. Son incuestionables los derechos ejercidos por España sobre las Islas Malvinas, los que se transmitió a las Provincias Unidas en 1810. Esos derechos se fundan a su vez en que:

- a) España ocupaba efectivamente a esa fecha las islas;
- b) Esa ocupación era la continuación de una primera ocupación francesa cedida a España en reconocimiento de sus derechos;
- c) España había descubierto las islas y sus derechos de ocupación habían sido reconocidos convencionalmente por terceros Estados.

—La primera ocupación: Luis Antoine de Bougainville autorizado por la corona francesa y al mando de una expedición costeada en parte por él, se estableció en el año 1764 en la isla oriental fundando Port Louis.⁶⁷

—En 1765 los ingleses fundan Port Egmont y un año después establecen allí un asentamiento. España protesta, y se inician negociaciones entre España, Francia y Gran Bretaña.

—El 10 de junio de 1770 una expedición enviada por el Gobernador de Buenos Aires, Francisco de Bucareli desembarca en Port Egmont y evacua por la fuerza el asentamiento británico.⁶⁸

—El 22 de enero de 1771 el príncipe de Masserano (embajador español ante la Corte de St. James) y Lord Rockford en representación de la corona británica, firman declaraciones conjuntas por las que España se compromete a la restitución de la guarnición inglesa, afirmando que la decisión de restituir no debía interpretarse en detrimento del derecho de soberanía prioritario a favor de España sobre las Islas Malvinas.

⁶⁷ Bougainville declaró solemnemente a esas islas como parte de las posesiones de la Corona Francesa. Al tomar conocimiento de estos hechos, España reclamó formalmente ante Francia que cese la ocupación. En 1765 el capitán J. Byron proclamó en un paraje que denominara Port Egmont en la Isla Saunders, que tomaba posesión formal de esos territorios en nombre del Soberano Británico Jorge III. En 1766 una nueva expedición británica establece un asentamiento en Port Egmont. Frente a estas situaciones comenzaron negociaciones entre los tres poderes involucrados, es decir, España, Francia y Gran Bretaña. Francia finalmente cede su asentamiento a favor de España reconociendo de esta forma los derechos de la corona española sobre las islas. España toma posesión el 2 de abril de 1767 y continúa de esta forma la primera ocupación efectiva en las islas.

⁶⁸ Se ha especulado respecto de la existencia de un acuerdo secreto por el cual Inglaterra prometió a España retirarse de las islas satisfecha la reparación debida a través de la restitución de Puerto Egmont.

—En cumplimiento de lo acordado en 1771 un pequeño contingente británico reasume la posesión de la guarnición en manos de las fuerzas españolas asentadas en Port Egmont. En 1774 los británicos abandonan Port Egmont.⁶⁹

—España se había asegurado convencionalmente derechos preferenciales para la colonización de las zonas australes. El asentamiento británico realizado en Port Egmont en 1766 fue violatorio de normas convencionales preexistentes.⁷⁰

—Es relevante el Tratado de Nootka Sound de 1790 entre España y la Gran Bretaña por el cual quedó implícitamente reconocida la ocupación española sobre Malvinas.

d) Los argumentos británicos: ¿Qué razón de derecho aduce Gran Bretaña para ocupar las Malvinas?

1. El *descubrimiento*: Los ingleses afirman que las islas fueron descubiertas por John Davis y Richard Hawkins.

2. La *prescripción adquisitiva*: El instituto de la prescripción no puede ser aplicado a nuestro país porque no cumple con los requisitos esenciales: que la ocupación sea pacífica, y que haya aquiescencia o conformidad tácita por parte del anterior ocupante.⁷¹ En efecto: a) Gran Bretaña no pudo invocar que el archipiélago de las Malvinas fuera una "*res nullius*" —en 1833— y tampoco pudo —en esa fecha— invocar la ilicitud de la presencia argentina en las islas, dado que en 1823, y luego en 1825, al reconocer la independencia de las Provincias Unidas, aceptó la ocupación inglesa; b) Argentina protestó por el atropello inglés

⁶⁹ En 1777 los españoles destruyeron lo que quedaba de aquella ocupación, sin provocar protesta alguna por parte de Gran Bretaña. El acuerdo de 1771 no resolvió el conflicto de fondo. La conducta tanto de Gran Bretaña, que finalmente se retira en 1774 y la de España que continúa con su ocupación sobre la isla oriental y a posteriori destruye los símbolos remanentes de la presencia británica sobre Puerto Egmont, confirman el abandono físico de la pretensión británica, independientemente de que esta actitud sea la consecuencia de un acuerdo secreto subyacente a las declaraciones recíprocas de 1771. El retiro británico marca un nuevo hito en el conflicto por la soberanía de las islas. A partir de 1774 se interrumpe una ocupación.

⁷⁰ El argumento británico sobre la continuidad de su ocupación con posterioridad a 1774 fue refutado por un sector de la doctrina británica que restó toda relevancia jurídica a la materialización de la existencia de un "*animus occupandi*" a través de una placa o de una bandera dejada en el lugar donde existió un asentamiento.

⁷¹ En cuanto al plazo de prescripción de doctrina más autorizada recoge la práctica estadual al sostener que frente a cada caso particular deberá definirse el período de tiempo necesario para perfeccionar una prescripción adquisitiva.

inmediatamente. El acto de protesta pone de manifiesto la intención del Estado que la formula, de no autorizar los efectos vinculantes de situaciones provocadas por otro Estado. Los sucesivos actos de protesta argentinos frente a Gran Bretaña demuestran la vigencia del conflicto.

3. La *autodeterminación de los pueblos*: Es el nuevo argumento de las autoridades británicas; consiste en afirmar que nada puede hacerse ni decidirse en las Malvinas sin consultar "...el derecho de sus habitantes a vivir bajo un gobierno de su elección". Pero hay que tener en cuenta que los malvinenses no son población autóctona, sino pobladores de la nacionalidad del país que ocupó ilegítimamente. En consecuencia, la opinión y voluntad de los kelpers —así denominan a los pobladores ingleses en Malvinas— se conoce de antemano; no es un secreto para nadie que se consideran ingleses y que desean permanecer en esa condición.

La soberanía sobre Malvinas es una cuestión entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña; son los gobiernos de estos dos Estados los únicos habilitados para resolverla.⁷²

e) Argumentos ingleses que favorecen los derechos argentinos:

10 de julio de 1829: Memorandum del departamento de colonias: expresa que el prolongado período en el que no se ejerció el derecho inglés en ninguna forma significa su pérdida. Agrega que el gobierno debe decidir si las recupera o no, lo que podría hacerse con una pequeña fuerza militar.

4 de agosto de 1929: Nota del Secretario del almirantazgo Sr Barrow "es intención del almirantazgo dar órdenes a nuestros barcos que pasen por el Cabo de Hornos, que hagan escala en Puerto Egmont y aseguren nuestra soberanía en esa isla por lo menos".

25 de julio de 1848: Sir Williams Molesworth propuso a la Cámara de los Comunes reconocer los derechos argentinos a las islas al debatirse el tema.

29 de julio de 1849: El miembro del Parlamento Mr. Baillie reitera la moción de devolver las Malvinas a Argentina.

⁷² Resulta de singular importancia en la exposición de la cuestión de las Islas Malvinas, expresar la razón de la utilización del término "intereses" y no "deseos" de los isleños. El término intereses se interpreta en forma tal que no implica supeditar a la voluntad de esa población el futuro status político del territorio. El término intereses no conduce necesariamente a la autodeterminación, que por otra parte —como ya se ha explicado— resulta inaplicable a la cuestión Malvinas.

Diciembre de 1910: Memorandum de Gastón de Bernhart del Foreign Office, que expresa grandes dudas sobre el valor de las reclamaciones británicas.

Julio de 1911: Mr. Campbell expresa no tener dudas de que la Argentina tiene mejores derechos que el Reino Unido.

8 de diciembre de 1927: Memorandum de J. C. Torr, al Foreign Office que decía " de 1774 a 1832 las islas fueron abandonadas por los británicos y el único establecimiento mantenido allí fue el español.

9 de agosto de 1928: Mr. Hadow reitera dudas sobre los títulos británicos.

25 de julio de 1935. Mr. Vyvyan explica que el gobierno británico nunca sometió la cuestión a arbitraje por las dudas sobre sus títulos.

1936: Gerald Fitzmaurice, consejero legal de Foreign Office también expresa dudas sobre los títulos británicos.

Diciembre de 1982 y febrero-marzo de 1983: En las audiencias celebradas por la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de los Comunes se realizaron una serie de audiencias para debatir sobre los títulos argentinos y británicos sobre las islas. A favor de la posición argentina se manifestaron los profesores Malcolm Deas y Peter J. Beck.⁷³

f) La reconciliación Argentino-Británica: El viaje del Presidente argentino Carlos Menem, a fines de octubre de 1998, tuvo una misión, en mi opinión, trascendental. Si bien Gran Bretaña no estuvo dispuesta a incluir en la agenda del viaje el tema de la soberanía sobre las Malvinas, la visita sirvió para concretar la histórica reconciliación de ambas naciones, y estrechar vínculos económicos, comerciales, políticos y culturales. Luego de la reunión Menem-Blair se emitió una declaración conjunta, en la que se destacó la labor de la ONU en la gestión de paz. Esto equivale a reconocer la obligación de negociar la cuestión de la soberanía en las Malvinas, pero sin precisar fechas. No obstante, corresponde destacar la excelente recepción que tuvo la visita del Presidente argentino ante la opinión pública británica, lo que facilitará el comienzo de las negociaciones. En la Sección XXXIII ampliamos el desarrollo del tema.

⁷³ Ver Minutes of evidence (see Great Britain, House of Commons...). Foreign affairs committee (chairman Sir A. Kershaw). Citado por Ferrer Vieyra, Enrique, Cronología legal anotada sobre las Islas Malvinas, Editora Córdoba, 1985.

SECCIÓN XIII

COMUNICACIONES A TRAVES DE TERRITORIOS

55. Introducción. 56. Ríos internacionales: A. *Navegación*; B. *Régimen jurídico de la Cuenca del Plata*; C. *La hidrovía*; D. *Energía hidroeléctrica y riego*; E. *Codificación sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación*. 57. Comunicación ferroviaria: A. *Objetivos*; B. *Normas*. 58. Comunicaciones por carretera. 59. Correo y telecomunicaciones.

En esta sección se analizan los nuevos criterios en materia de regulación de los "cursos de aguas internacionales", a partir de la labor desarrollada por la CDI al encarar el tema, y a partir de la jurisprudencia internacional recaída en casos concretos. Las tendencias predominantes demuestran que en la materia han retrocedido hasta desaparecer las teorías basadas en el nacionalismo a ultranza, como la Doctrina Harmon, haciendo lugar a las concepciones integristas de la noción de "cuenca hídrica", o de "recurso natural compartido".

55. Introducción

La comunicación internacional por vía marítima no plantea mayores problemas desde el afianzamiento del principio de la libertad de los mares.¹

¹ Las comunicaciones por vía aérea debieron superar serias dificultades jurídicas al surgir necesidades de carácter técnico incompatibles con un criterio absolutista de la soberanía de los Estados subyacentes sobre su espacio aéreo.

Efectivamente, y como haremos mención en la sección correspondiente al espacio aéreo, existen dos teorías en cuanto a su régimen jurídico: una sostiene la libertad absoluta del espacio aéreo y, la otra, preconiza la soberanía absoluta del Estado subyacente. Sólo algunos puntos ofrecieron inconvenientes, como la condición jurídica de los aeropuertos internacionales, por tratarse de una franja territorial enclavada totalmente dentro de un Estado soberano. La competencia sobre dichos aeropuertos y la infraestructura aeronáutica en general corresponde al Estado territorial.

En cuanto a las comunicaciones terrestres, surgen dificultades cuando se trata de atravesar un territorio nacional con una prolongada carretera, línea férrea o canal navegable.

En orden cronológico, los primeros problemas que se plantearon en las comunicaciones a través de un territorio nacional, fueron el de los ríos navegables; luego el de los ferrocarriles y, por último, con incremento del tráfico automotor, el de las rutas internacionales.

De acuerdo a este orden desarrollaremos los temas correspondientes a la presente sección.

56. Ríos internacionales

A. Navegación

a) *Definición*: La doctrina y la práctica designan con el nombre de río internacional a aquellos cursos de agua que en su parte naturalmente navegable separan o atraviesan territorios de diferentes Estados. Pueden distinguirse ríos contiguos o fronterizos (por ejemplo, el río Uruguay entre Argentina y Uruguay y el Paraguay, entre Argentina, Brasil y Paraguay; el Rin, entre Alemania y Suiza, o entre Alemania y Francia), y ríos sucesivos, como el Paraná y el Uruguay, entre Brasil y la Argentina; o el Amazonas entre Perú y Brasil, o el Danubio, que sucesivamente atraviesa Alemania, Austria, Hungría, Yugoslavia, Bulgaria y Rumania. Un mismo río puede reunir ambos caracteres.

Los ríos que responden a la definición expresada, deben ser sometidos a un régimen jurídico especial de internacionalización por que sí bien forman parte del territorio estatal son un instrumento vital del comercio internacional, por ser medio de comunicación.²

b) *Desarrollo histórico*: El acta final de Viena de 1815, artículos 108 al 116, constituyó durante un siglo la fuente del derecho fluvial internacional. Afirmó la necesidad de un acuerdo entre los Estados

² En la edad media y en la moderna, cada soberano se considerado dueño absoluto de la porción de río que atravesaba su territorio, reservando a sus súbditos el privilegio exclusivo de navegar por él y percibiendo derechos especiales (peajes) por el transporte fluvial.

La idea de que todos los ribereños tienen un derecho natural de acceso al mar, fue aplicada a los ríos Escalda y al Mosa, por el tratado de La Haya de 1795, y al Rin, por el tratado de Campo-Formio de 1797 y el convenio de 1804. Estos ríos quedaban abiertos a la navegación, pero no a los barcos de todos los Estados, sino sólo a los de los ribereños. El congreso de Viena propuso una doble tarea: fijar los principios del estatuto del Rin, y elaborar las disposiciones generales aplicables a todos los ríos internacionales.

ribereños para la reglamentación de la navegación y las normas que ponen término al abuso impositivo o aduanero.

El acta de Viena dio a los ríos internacionales un régimen jurídico susceptible de aplicación general, el cual se fue gradualmente extendiendo por medio de convenios particulares firmados durante el siglo XIX.³ Se manifestó la tendencia a una creciente internacionalización de los ríos; a la igualdad de trato en el ejercicio de la navegación entre los Estados ribereños y no ribereños, y a la administración de la navegación por un organismo internacional llamado comisión fluvial.

Evolución del Derecho Fluvial Internacional en el siglo XX: El concepto de río internacional tuvo su primera definición moderna en la Resolución de Dubrovnik de 1956 de la International Law Association que conceptúa como internacional al río que forma frontera o que atraviesa sucesivamente los territorios de dos o más Estados. Esta definición tiene su antecedente en los debates celebrados en la Reunión de Madrid del Instituto de Derecho Internacional (1911).

c) El *régimen de Barcelona* estuvo integrado por tres instrumentos jurídicos: convenio, estatuto y protocolo, firmados en 1921. Se declararon internacionalizados todos los ríos que reuniesen determinadas condiciones, estableciendo un sistema de internacionalización *general*, por oposición al anterior que era *excepcional*, pues sólo podían internacionalizarse los ríos mediante convenios especiales. Pero este régimen no entró en vigencia porque no reunió el número de ratificaciones necesario.

La definición de río internacional aceptada en Viena en 1815, abarca dos elementos: uno natural, la navegabilidad, y otro jurídico, el hecho de que la vía fluvial separe o atraviese más de un Estado.⁴ El estatuto de Barcelona introdujo otra noción: la de principal función *económica*; el río será sometido a un régimen internacional cuando

³ El régimen del Elba fue establecido por el acta de Dresden, en 1821; el del Rin, por los convenios de Maguncia, de 1831, y de Mannheim, de 1868 el del Escalda y del Mosa, por el tratado de Londres, de 1839, el del Danubio por los tratados de París, de 1856, de Berlín de 1878, y de Londres, de 1883, y el del Congo y del Níger, por el convenio de Berlín, de 1885.

⁴ Este criterio fue criticado, porque hay ríos de importancia secundaria para el transporte internacional, aunque separan o atraviesan dos Estados, como el Guadiana, el Duero, el Tajo. Por otro lado es notoria la trascendencia de algunos ríos, como el Támesis o el Sena, a pesar de que ni su curso ni siquiera su cuenca, atraviesan ninguna frontera.

sirva esencialmente para la *navegación*, pero no si sólo se utiliza para otros fines económicos: riego, transporte de maderas por flotación, explotación de fuerzas hidráulicas, etc.

El convenio de Barcelona sustituyó la denominación tradicional de *ríos internacionales* por la de *vías fluviales de interés internacional*, expresión más amplia porque comprende cualquier clase de aguas, como por ejemplo los lagos.

Alcances de la definición.— En doctrina y en Jurisprudencia se discutió si en el concepto estaban comprendidos también los afluentes. La CPJI en el caso de la Comisión de río Oder, sentencia del 10-09-29, extendió el régimen de internacionalización a los afluentes de dicho río.⁵

La libertad de navegación puede extenderse a las vías fluviales nacionales si los respectivos Estados lo aceptan; sin embargo esta norma optativa no tuvo ninguna aplicación práctica.⁶

El Estatuto distingue dos clases de obligaciones de los Estados ribereños: *una obligación negativa*, que prohíbe a los Estados ribereños aplicar medidas susceptibles de perjudicar la navegabilidad, y *obligaciones positivas*, de distinta índole, como retirar los restos de barcos hundidos, efectuar las obras y trabajos necesarios para el mantenimiento de la navegabilidad. Son de carácter obligatorio para todos los Estados ribereños, los cuales participan en los gastos que resulten (sobre todo, el dragado del lecho del río).

Las obras de mejora son de carácter facultativo y están a cargo del Estado que quiera proceder a su ejecución. El Estado ribereño puede percibir impuestos únicamente para cubrir gastos efectivos de mantenimiento de la navegabilidad; ellos no pueden servir como una fuente de ingreso para el fisco.

⁵ CPJI, Serie A, nº 23, ps. 28-29.

⁶ El régimen estipulado en Barcelona se aplica entre los Estados contratantes; esta relatividad contrasta con el principio consuetudinario de la libertad de navegación marítima, además regula a buques mercantes y no se extiende a los buques de guerra, ni a otras embarcaciones públicas. Queda reservado a los Estados locales el monopolio del cabotaje. En Barcelona se estipularon dos principios fundamentales: *libertad de navegación*, o sea libre utilización de los ríos como vías de comunicación de acuerdo al principio tradicional, e *igualdad de trato*, o sea prohibición de toda discriminación entre los Estados contratantes desde el punto de vista del ejercicio de la navegación. Están prohibidas las tarifas diferenciales según la procedencia o el destino de las cargas transportadas.

Las normas adoptadas en Barcelona tienen aplicación práctica pero no han sido revisadas dentro del marco de las Naciones Unidas, por lo que no existe un régimen de navegación fluvial general en materia de navegación fluvial.

d) Regímenes particulares: Independientemente de la búsqueda de una solución general, por medio de los convenios de Viena y luego de Barcelona, se formaron regímenes particulares para toda una serie de ríos de América, Europa y África; algunos de ellos tuvieron una evolución muy compleja como el Rhin, iniciado antes del congreso de Viena, según hemos mencionado oportunamente.

Otros ríos internacionales: Fuera de la cuenca del Río de la Plata existe en América del Sur otro gran sistema navegable: el del Amazonas y sus ríos tributarios,⁷ que se rigen actualmente por el tratado Amazónico.

Danubio: La reglamentación de la navegación del Danubio fue objeto de numerosos convenios: de 1829, 1840, 1852, 1856, 1857, 1859, 1883 y 1919. El estatuto del Danubio, firmado en París en 1921, vigente hasta 1940, se caracterizó por la coexistencia de dos regímenes: uno para el Danubio marítimo y otro para el Danubio fluvial.⁸

⁷ La navegación del Amazonas estaba primitivamente reservada a los buques brasileños. Recién por decreto imperial de 1867 se abrió este río junto con sus afluentes (hasta determinados puntos), a la navegación de todas las banderas. Luego este país se ha asegurado, mediante tratados, el derecho de libre navegación para los buques brasileños en los afluentes de Amazonas en territorio de países limítrofes, a cambio de la reciprocidad en territorio brasileño. En virtud del tratado firmado en 1856 con la Confederación Argentina se estableció la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay con excepción del cabotaje, lo que también se aplicó a los buques de guerra de ambos países. El tratado de 1859 con Venezuela concedía a los buques venezolanos la navegación de los afluentes del Orinoco en territorio venezolano; también en este caso rige la excepción del cabotaje.

⁸ Para el *Danubio marítimo* o sea el delta, desde Braila hasta el Mar Negro, existía desde 1856 una comisión europea, que en 1921 quedó provisionalmente limitada a cuatro Estados: Francia, Gran Bretaña, Italia y Rumania. Esta comisión tenía competencias reglamentarias y jurisdiccionales, que ejercía con completa independencia de la autoridad rumana. Tenía su propia bandera, sus funcionarios y tribunales cuyas decisiones escapaban a todo recurso contencioso. Ciertos autores la calificaban de Estado fluvial (*Flusstaat*). Instituida en 1856, por el tratado de París, tuvo originariamente un carácter provisional, por dos años, pero este plazo fue sucesivamente prorrogado, extendiéndose progresivamente su competencia espacial. Rumania protestó continuamente contra este régimen hasta que después de la segunda guerra mundial, toda la cuenca danubiana se encontró bajo el control soviético, y fue modificado su régimen (véase también N^o 104 A).

Rhin: El congreso de Viena creó una comisión central encargada de elaborar los reglamentos que regulan la navegación del Rhin. Recién en virtud del convenio de Maguncia de 1831, entró en vigor el reglamento de 1815. La comisión central fue confirmada y empezó a funcionar; la navegación seguía reservada a los Estados ribereños.

El convenio de Mannheim de 1868, codificó el régimen vigente y mantuvo los privilegios de los ribereños, pero el tratado de Versalles, transformó el carácter y la composición de la comisión central al dar entrada, junto a los Estados ribereños, a Estados no ribereños. Desde la terminación de la segunda guerra mundial, sigue funcionando la comisión central.

Congo y Níger. El Congo y el Níger, fueron internacionalizados en virtud del acta general de Berlín de 1885.⁹

Danubio fluvial (desde Ulm a Braila). El estatuto de 1921 estableció una comisión internacional integrada por Francia, Gran Bretaña, Italia y los Estados ribereños; este estatuto fue modificado en 1941.

El convenio de Belgrado de 1948 derogó todos los tratados anteriores y creó dos comisiones especiales: una rumano-soviética, para el Danubio marítimo, y otra rumano-yugoslavo para las Puertas de Hierro. Las potencias occidentales (Francia, Reino Unido, Estados Unidos) se han negado a firmar este convenio, estimando que el estatuto de 1921 conserva toda su validez. La nueva comisión danubiana, dominada por la URSS, se reunió varias veces en Galatz. El único Estado ribereño no comunista; Austria, relegado, como se ha dicho, obtuvo el reconocimiento de su derecho a la libre navegación por una serie de acuerdos bilaterales que firmó con los otros Estados ribereños. El principio de libertad de navegación se consagró por el tratado de 1955 (art. 31). La navegación del Danubio por los buques de la República Federal Alemana estaba regulada en los acuerdos germano soviéticos de 1957 y de 1962.

⁹ En la conferencia de Berlín se intentó elaborar un acta única para los dos ríos; Alemania y Francia habían preparado proyectos en este sentido. No obstante, como las peculiaridades de ambos ríos imponían un distinto modo de ejecución de las decisiones de la conferencia, se adoptaron dos regímenes distintos. No existe una comisión internacional para el Níger, siendo los Estados ribereños encargados de garantizar la navegación; el acto no puede interpretarse en el sentido de conceder a estas potencias supremacía alguna en la navegación de dicho río. Según el régimen establecido en 1885 la libertad de circulación no está limitada a los propios ríos, sino que se extiende a los canales laterales e incluso a las carreteras y vías férreas que unen dos sectores navegables del río.

La libertad de navegación subsiste en tiempo de guerra. Los ríos quedan sometidos a la neutralización. En la práctica los principios de 1885 quedaron, en gran parte, como letra muerta; la comisión internacional del Congo, no se ha constituido nunca. El artículo 5º del convenio de Saint Germain de 1919, confirmó la vigencia de las normas de 1885. El régimen del Níger se modificó por los Estados africanos en virtud del convenio de Niamey en 1963.

Regímenes bilaterales: La navegación fue también reglamentada en el plano bilateral como en el caso del río San Lorenzo; tratado anglo-norteamericano de Washington, de 1932 entre los Estados Unidos y Canadá (no ratificado por el Senado norteamericano), y de 1941 (rechazado por dicho Senado). Ante estos fracasos los dos gobiernos solucionaron el problema por reglamentaciones internas concordantes.

Paraná y Uruguay. El Reino Unido y Francia exigían a la Confederación Argentina la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay, lo que reclamaba también Paraguay, pero Rosas rechazó estas exigencias por consideraciones de carácter económico, político y jurídico. Conceder la libre navegación para el Paraguay, habría implicado el reconocimiento de su independencia. Además, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida incluida en el tratado firmado con Inglaterra en 1825, también aquella nación se habría beneficiado con la libertad de navegación. Para imponer su exigencia, el Reino Unido y Francia bloquearon el Río de la Plata. El bloqueo anglo-francés terminó con los tratados de 1849 y 1851: las dos potencias declaraban que la navegación en el río Paraná era de competencia argentina y la del río Uruguay, de competencia de la Confederación y de la República Oriental del Uruguay. El 2-10-1852 el gobierno de la Confederación dictó su decreto estipulando que la navegación en los ríos Paraná y Uruguay era permitida a todo buque mercante, sin distinción de nacionalidad, procedencia o tonelaje. La constitución de la Confederación del 1-5-1853, en el art. 26, establecía que la navegación de los ríos interiores es libre para todas las banderas, de acuerdo a los reglamentos que dicten las autoridades argentinas.

Hasta esta fase la libertad de navegación tuvo el carácter de una concesión unilateral argentina. Se elevó a la categoría de norma internacional recién el 10-7-1853, momento en que la Confederación suscribió con Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña tratados que concedían la libre navegación de los ríos Paraná y Uruguay a los buques mercantes de todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos internos. La libertad de navegación está actualmente vigente, incluso en casos de guerra entre cualquiera de los Estados del Río de la Plata o de sus afluentes, salvo el caso del contrabando bélico.

La libertad de navegación implica la prohibición de aranceles para los buques extranjeros. Esta norma pudo considerarse equitativa a mediados del siglo pasado, época en que sólo las embarcaciones de poco calado surcaban fácilmente las vías acuáticas naturales. Sin embargo, con el adelanto industrial y técnico, se fue elevando el tonelaje de los buques. Actualmente, para que los barcos transoceánicos puedan llegar

hasta Rosario, es necesario realizar importantes dragados en el Río de la Plata y en el Paraná. Esta tarea resulta cada vez más costosa, por el enorme aporte de sedimentación de los ríos. De allí que sea contrario al principio de igualdad, que estos gastos recaigan sobre la República Argentina, y no sean soportados proporcionalmente por todos los barcos que utilicen estas vías de navegación. Por constituir el dragado un factor imprevisible en el año 1853, merece considerarse si puede resultar tal imprevisión causal suficiente para pedir la revisión de algunas disposiciones convencionales, en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Por la resolución 2669 (XXV) del 8-12-70, la AG de la ONU recomendó a la CDI el estudio del régimen de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación. Se formó así una Subcomisión que se planteó como primera cuestión el significado y alcance de la expresión "cursos de agua internacionales". Para ello tuvo en cuenta que los tratados multilaterales más recientes usan la expresión "cuenca fluvial" o "cuenca de río".¹⁰

En su informe, la Subcomisión destaca que la principal convención multilateral sobre esta materia en América del Sur es el Tratado de la Cuenca del Plata, firmado por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay el 23-4-69.

La Cuenca del Plata: En el estudio de los ríos internacionales y del aprovechamiento de los cursos de agua en general, no podemos dejar de referirnos a la Cuenca del Plata. Su importancia geopolítica y lo que representa para nuestro país es traducible a cifras, ya que comprende el 83 % de nuestros recursos hídricos y abarca 920.000 km², es decir el 34% del territorio nacional, con una población de más de 17.000.000 de habitantes.¹¹

¹⁰ Moya Domínguez, María Teresa: "La utilización de los ríos internacionales" relato presentado en las primeras jornadas de derecho internacional celebradas en la Universidad de Belgrano, Bs. As., 1971. Las normas de Helsinki elaboradas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966, dieron la definición del término cuenca: "una cuenca hidrográfica internacional es un área geográfica que se extiende por el territorio de dos o más Estados y está determinada por la línea divisoria del sistema hidrográfico, incluyendo las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una salida común".

¹¹ La Cuenca del Plata es una de las más grandes del mundo, con una superficie aproximadamente de 3.100.000 km² poblados por más de 60 millones de habitantes, se extiende desde las mesetas bolivianas y brasileñas hasta el Río de la Plata, abarcando los caudalosos ríos Paraná, Paraguay, Iguazú, Uruguay, y de La Plata,

Por el carácter multinacional de esta enorme cuenca hidrográfica, las naciones que la integran han buscado una forma de integración, debiéndose la iniciativa al ex canciller argentino Dr. Miguel Angel Zavala Ortiz, quien en 1965 invitó a los colegas de los otros Estados de la Cuenca a la 1ª Reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata, que se celebró en Buenos Aires, en 1967.¹²

La forma jurídica de la integración propuesta recién pudo concretarse en la 3a Reunión de cancilleres que tuvo lugar en Brasilia, en abril de 1969, al firmarse el Tratado de la Cuenca del Plata que fue ratificado por la Argentina, por la ley 18.590, y entró, en vigencia el 14-8-1970.¹³

y su numerosa red de antecedentes. Su territorio se extiende 45% en Brasil, 31% en Argentina, 12% en Paraguay, 3% en Uruguay, y 4% en Bolivia. Con relación a la superficie total de los países que la integran, la cuenca incluye solamente 17% del Brasil, 19% de Bolivia, todo el Paraguay, 80% del Uruguay y 34% de la Argentina.

En nuestro país incluye 5 provincias y la Capital Federal completas y abarca parcialmente otras 8 provincias, comprendiendo más del 70% de nuestra población y aproximadamente el 85% de la actividad económica.

El cañón del Guayra tiene un excepcional potencial hidroeléctrico por lo que fue el punto de mira de los grandes proyectos: Corpus, Libertad, Itaipú. Sete Quedas, Santa María, Yaciretá, etc.

¹² La 2ª Reunión de Cancilleres de la Cuenca del Plata, se realizó en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al año siguiente y en ella se aprobó el estatuto del Comité Intergubernamental Coordinador (CIC), compuesto por un delegado de cada país, con la función de promover estudios, centralizar información, gestionar la colaboración de organismos internacionales y proponer las reuniones de cancilleres. Tiene su sede en Punta del Este desde 1972.

¹³ La Declaración de Asunción, que determina los principios que deben regir el aprovechamiento de los ríos internacionales sucesivos y continuos de la región fue enunciada durante la 4ª Reunión de cancilleres realizada en Asunción del Paraguay, en junio de 1971.

La 5ª reunión se hizo en Punta del Este, en 1972; y la 6ª Conferencia se celebró en Buenos Aires, del 10 al 12 de junio de 1974, tratándose durante sus sesiones la creación del fondo financiero de la cuenca, integrado con aportes mayores por parte de Argentina y Brasil y menores por Bolivia, Paraguay y Uruguay. A fines de mayo de 1975 tuvo lugar en Cochabamba la 7ª Conferencia; realizándose la 8ª Reunión en Brasilia, en diciembre de 1976. En estas dos últimas conferencias se volvió a plantear el problema fundamental de la cuenca: el aprovechamiento integral y equitativo del potencial hidroeléctrico del cañón del Guayra, particularmente en lo que hace a las represas de Itaipú y Corpus.

En los debates celebrados en la comisión de Relaciones Exteriores y Culto de la Cámara de Senadores del Congreso Argentino, dijo su presidente Italo Luder: "Teóricamente, si no hubiera límites políticos, es evidente que el tratamiento del

Además del proyecto de Corpus, la Argentina celebró con el Paraguay, el 3-12-73 el Tratado de Yaciretá-Apipé, respecto a la utilización energética de esos saltos. La obra terminó 20 años después.

Con el Uruguay, la obra de más envergadura es Salto Grande, en base al convenio celebrado por ambos países en diciembre de 1946, que entró en funcionamiento en 1978.

B. Régimen Jurídico de la Cuenca del Plata

El tratado de la Cuenca en su art. 1º determina como objeto del mismo, que la promoción del desarrollo armónico y la integración física entre las partes contratantes debe desarrollarse sin perjuicio de aquellos proyectos y empresas que decidan efectuar en sus respectivos territorios dentro del respeto al d.i. y según la buena práctica entre las naciones vecinas y amigas. Por lo tanto esta disposición hace un reenvío al d.i. general y no establece ninguna norma jurídica material.

En lo que respecta a las normas generales del d.i., son aplicables las que tienen su origen en las costumbres formales en gran parte por la serie ininterrumpida de tratados internacionales que regulan el aprovechamiento en distintos ríos o cuencas y que poseen cláusulas similares. Por su parte, la jurisprudencia internacional cuenta con varios precedentes de los que es posible deducir algunas normas de carácter general.

Además, como dice el Dr. Julio Barberis, existen resoluciones de organismos internacionales y de instituciones científicas en cuanto al uso y al aprovechamiento de las aguas fluviales internacionales, que constituyen una prueba importante de cuál es "*la opinio gentium*" en esta materia. Tal es el caso de las resoluciones de la AG de la ONU, del ECOSOC, de la Conferencia sobre el medio ambiente, etc. Entre estas normas podemos citar:

- 1) la obligación de no causar un perjuicio sensible a otro Estado;

tramo Guayra-Iguazú-Corpus, debería ser objeto de un planteamiento integral y científico del mismo, pero frente a las limitaciones que originan las condiciones de hecho existentes en el área de la Cuenca del Plata, se han realizado los estudios de identificación del aprovechamiento hídrico de múltiples propósitos del río Paraná. Y es importante señalar que en las alternativas analizadas, Corpus sale aprobado en todas las variantes y para Itaipú existen muchas alternativas distintas". Véase. Italo Luder, *La Argentina y sus claves geográficas*, Bs. As., 1975.

- 2) la no contaminación de las aguas;
- 3) el derecho al uso equitativo de las aguas;
- 4) el principio del uso racional y equitativo y el aprovechamiento hidroeléctrico de los ríos;
- 5) el principio de la obligación de comunicar a los otros Estados los proyectos de obra o trabajo hidráulico a ser realizado.

La Declaración de Asunción, en la 4ª reunión de cancilleres de la Cuenca del Plata dispuso que cualquier aprovechamiento de las aguas en los ríos de curso contiguo deberá ser precedido de un acuerdo bilateral entre los ribereños. En cuanto a los ríos de curso sucesivo, dicha declaración dispone que cada Estado puede aprovechar las aguas en razón de sus necesidades, siempre que no cause perjuicio sensible a otro Estado de la cuenca. Este principio ya había sido recepcionado en la Resolución 72 de la 7ª Conferencia Interamericana de Montevideo de 1933.

Para que un Estado pueda determinar si una obra va a causarle o no un perjuicio sensible o constituye un uso irracional o abusivo de las aguas, debe conocer el proyecto con anterioridad a la prestación de su conformidad y a la ejecución del mismo. Para ello es necesaria la consulta previa, tanto del proyecto como de los datos correspondientes al mismo, que permitan cumplir con la finalidad de prevención buscada.¹⁴

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano: En la Conferencia sobre el Medio Humano que celebró la ONU en Estocolmo, en junio de 1972, después de un prolongado debate se llegó a la aprobación del principio 20, por el cual los Estados deben facilitar la información pertinente sobre las actividades o acontecimientos que tengan lugar dentro de su jurisdicción o bajo su control, siempre que tal información sea necesaria para impedir que se causen perjuicios al medio en zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional.

¹⁴ Es necesario tener en cuenta que nuestro país ha establecido el principio de la consulta previa con los demás miembros de la Cuenca. Con Bolivia, por ejemplo, se estableció ese régimen en la declaración conjunta del 12-7-71, para la regulación de las cuencas del Bermejo y del Pilcomayo. Además, con Uruguay y Brasil se logró concretar un acuerdo tripartito por medio de la declaración del 9-7-71, que aplica ese principio a los afluentes del Paraná y del Uruguay. Ante la falta de normas de derecho positivo que establezca este principio de la Cuenca del Plata, se aplicó la práctica utilizada en la represa Jupíá.

Además las actividades sobre los recursos hidráulicos que puedan tener considerables efectos ambientales en otro país, deberán notificarse al mismo mucho antes de que den comienzo las actividades previstas.

La resolución 2995 y el acuerdo de Nueva York: Al celebrarse el 27 periodo de sesiones de la AG de la ONU, los cancilleres de Argentina y Brasil, llegaron a un acuerdo suscripto por notas reversales, en el que se definían respecto al intercambio de información, comprometiéndose a presentarlo en el seno de la AG como proyecto de resolución. Por dicho acuerdo, celebrado en Nueva York el 29-9-72, se establece un sistema por el cual se provee información técnica previa a la realización de las obras, con el objeto de evitar perjuicios sensibles, o sea, en tiempo útil para expedirse y el presunto Estado afectado pueda comunicar los eventuales perjuicios sensibles que la obra le ocasionará. Además la modalidad impuesta no puede servir de pretexto para demorar o impedir la obra, siempre y cuando no se trate de contradecir el principio del "efecto útil".

Estos principios, en la sesión de la AG tomaron la forma de la resolución 2995, apoyada por todos los Estados de la Cuenca del Plata y aprobada por la mayoría absoluta de los restantes países.

La primera ocasión en que debió aplicarse el acuerdo de Nueva York fue con el llenado de la represa de Isla Solteira y fue un fracaso, ya que los brasileños consideraban que ellos eran quienes interpretaban si existía la posibilidad de ocasionarnos un perjuicio sensible.

Como consecuencia de la actitud brasilera y de la inoperancia del acuerdo, el 10-7-73 la Cancillería argentina denunció el mismo, por nota dirigida al embajador de Brasil en Buenos Aires. No obstante, y como conclusión, cabe destacar que para los países que integran la Cuenca del Plata rige como principio la resolución 2995, votada en el 27º período de la AG de la ONU, ya que lo aprobaron y consintieron.

Durante 1977 se reabrió la polémica argentina-brasileña en torno a las represas de Itaipú y Corpus, advirtiéndose el endurecimiento de la política brasileña que persistía en una actitud de decisionismo unilateral e inconsulto totalmente abandonada por la práctica internacional contemporánea en materia de recursos hídricos, y que atenta contra los principios que rigen en la resolución de la utilización del caudal y de los cursos de agua en la Cuenca del Plata.¹⁵

¹⁵ En junio de 1977 nuestro país propuso al Paraguay la firma del Tratado de Corpus. Después de muchas vicisitudes, logró también que Brasil, aceptara el diálogo

C. La hidrovía

El 10 de febrero de 1997 los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay resolvieron dar un gran impulso a la construcción de la hidrovía que permite conectar a través del río Paraná a los cuatro países del Mercosur, por lo que ya está en marcha la convocatoria a una licitación nacional e internacional, para el dragado y balizamiento del Paraná desde Santa Fe hacia el norte contándose con un crédito acordado por el BID de 104 millones de dólares para la modernización portuaria. La obra comprende 1700 Km. de río navegable, desde el Puerto Cáceres en la frontera entre Bolivia y Brasil hasta el de Nueva Palmira en el Uruguay, lo que facilitará el transporte fluvial incentivando la radicación de inversiones y la generación de nuevos polos de desarrollo. Otras obras de infraestructura que complementan a la Hidrovía son el puente Rosario-Victoria y el de Santo Tomé-San Borja. La construcción debe ir acompañada por la unificación de criterios en lo relativo a la navegación fluvial de los cuatro países y al régimen aduanero y de transportes a aplicar a la vía.¹⁶

D. Energía hidroeléctrica y riego

Además del transporte o sea de la navegación y la flotación de madera, los ríos cumplen otros fines económicos como el riego en la agricultura, la producción de energía hidroeléctrica y otros que también analizaremos dentro del presente capítulo.

Según hemos mencionado oportunamente, el régimen de la navegación no carece de consecuencias económicas; por ejemplo, en el caso del río Paraná, los barcos extranjeros están exentos de aranceles, lo que los coloca en condiciones óptimas de competencia con relación a los barcos nacionales que son de menor rendimiento.

Las aguas de un río pueden ser navegadas por barcos de distintas banderas, pero si Chile utiliza las aguas del río Choapa para el riego

trilateral, lo que tuvo lugar en Asunción, en septiembre, y diciembre de 1977, reanudándose las tratativas en un clima favorable a la "compatibilización" de proyectos, en los primeros meses de 1978.

¹⁶ Datos de la hidrovía: inversión 650 millones de dólares; dragado: 32 pies de profundidad; dirección desde el océano Atlántico hasta San Martín prov. de Santa Fe. Empresa adjudicataria: Hidrovía S.A.

de sus tierras áridas, no podrá utilizarlas Bolivia. Esta clase de dificultades surgen también en el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica de un río: al desviar las aguas del Paraná, Brasil perjudica a la Argentina. Además del problema que ocasiona la disminución del volumen de las aguas, aquí se plantea el de la competencia de los dos Estados vecinos en el aprovechamiento de la caída, de modo que el objeto del litigio ya no son los metros cúbicos, sino los metros lineales.

Además de desviar el agua, el Estado a quien pertenece el curso superior de un río puede perjudicar a su vecino, sometiendo a excesivas oscilaciones el nivel de un río navegable. Esta es la principal causa de la controversia argentino-brasilera, porque la cantidad del agua desviada directamente hacia el Atlántico (en San Pablo) es relativamente insignificante.

Por ahora no hay normas universales del d.i. en esta materia, pero están surgiendo de los tratados bilaterales y de la jurisprudencia internacional y sobre todo interna, y son encaminadas en la doctrina por prestigiosas instituciones internacionales.

El reparto del agua para el riego ha sido objeto de una serie de arreglos convencionales como los mejicano estadounidenses, el último de los cuales se celebró en 1944.

La actual frontera entre México y EE.UU. de 1848, sigue un largo tramo del río Bravo y uno corto del río Colorado. La utilización para el riego de las aguas de estos ríos fue sucesivamente reglada por una serie de tratados: de 1905, 1906, 1933 y 1944. Este último adjudica a México un 32,8 % del agua y a los EE.UU. un 40,8 %. Del río Colorado, el tratado garantiza a México 1.850.234.000 metros cúbicos, volumen que puede llegar a los 2.096.931.000.

El tratado de aguas de 1944 fue enérgicamente criticado del lado mejicano, sobre todo como inconstitucional. El reparto del río Bravo es desigual, recibiendo México mucho menos que EE.UU. Un problema mucho más grave plantea el río Colorado: los agricultores estadounidenses utilizan sus aguas para el riego de sus campos y luego los devuelven tan salados, que resultan inutilizables para el riego de los campos mejicanos.¹⁷

¹⁷ Roberto Cruz Miramontes 1965, Nt 21, ps. 49-120.

En Asia se celebró el tratado indio-paquistaní sobre el río Indo, en 1960 (y surgió otro litigio sobre el Ganges), y en Africa hay dos sobre el Nilo, de 1929 y 1959, que Egipto firmó con el Reino Unido y Sudán,¹⁸ respectivamente.

La colaboración en la explotación de energía hidroeléctrica es objeto de una serie de convenios, como el concluido en 1909 entre EE.UU. y Canadá, sobre los ríos Columbia y Niágara. Según este acuerdo EE.UU. y Canadá, que en aquel entonces todavía se hallaba bajo la soberanía británica, retenían la jurisdicción sobre las aguas dentro de sus respectivos territorios, pero se comprometían a no desviar ni obstaculizar sin la aprobación de una comisión conjunta.¹⁹ Esta norma se repite, con distintas variantes, también en otros convenios análogos.

Cabe agregar que últimamente los Estados vecinos ya no se limitan a contraer compromisos recíprocos de esta clase, sino que pasan a una auténtica colaboración, construyendo usinas hidroeléctricas comunes, como la que Argentina junto con Uruguay, construyeron en Salto Grande y con Paraguay en Apipé.

Coincide con los mencionados convenios la jurisprudencia recaída en el caso del lago Lanoux de 1957, en el caso del río *Roya* entre Italia y Francia, solucionado en 1939 por una sentencia de la Corte de Casación italiana, y en el pleito entre una compañía francesa (*Société de Energie Electrique da Littoral Méditerranéen*) y otra italiana (*Compagnia Imprese Elettiche Ligón*). Nos limitaremos a citar una frase de la segunda sentencia:²⁰ “Bien que el Estado, en ejercicio de su derecho a la soberanía, puede someter los ríos al régimen que considera conveniente, no puede pasar por alto el deber internacional de no impedir ni destruir, en consecuencia de este régimen, el derecho de otros Estados a utilizar el caudal del agua para sus intereses nacionales”.²¹

¹⁸ Véase Whiteman, Indo, ps. 1022-1030; Nilo, ps. 1002-1012; otros casos, ps. 1021 y 1032-1039.

¹⁹ *Ibidem*, 978-1001.

²⁰ Whiteman, t. 3, ps. 1050-1051.

²¹ *Ibidem*, ps. 1051-1065; Fenwick: *Cases*, ps. 540, 551, 264. Por otra parte, los litigios entre los Estados soberanos en esta materia tienen analogía con los que oponen entre sí los Estados federados, y en este nivel existe mucha jurisprudencia, especialmente de la Suprema Corte de EE.UU. En el litigio entre los Estados de Kansas y de Colorado, la sentencia de la referida corte, de 1907, prohibió a Colorado a derivar las aguas del río Arkansas en tal cantidad que esto perjudicara a Kansas.

Hasta ahora no se han formado normas universales consuetudinarias ni convencionales en esta materia, sencillamente por razones históricas. El uso de la energía hidráulica para la producción de la electricidad es relativamente reciente y los problemas que plantea se solucionan a medida que van surgiendo por medio de convenios bilaterales. En un análisis comparado de los mismos se observa la existencia de soluciones coincidentes, lo cual puede interpretarse como el paulatino surgimiento de una norma consuetudinaria universal. El uso de los ríos para el riego, al contrario, comenzó en la época prehistórica, e incluso dio origen al surgimiento de los primeros focos culturales del Viejo Mundo; Egipto en el valle del Nilo y Jorezm en el de Amu Daría, en Turkeistán, pero se practicó dentro de los límites del mismo Estado.²² Se ha planteado como un problema internacional, recién desde la mitad del Siglo XX, cuando la cuenca del Indo y del delta del Ganges fue fraccionada por la frontera entre India y Pakistán y, en el caso del Nilo, cuando se separaron Egipto y Sudán.²³

En 1922 se prohibió a Nebraska la excesiva derivación de las aguas del río Laramie, en perjuicio de otro Estado, Wyoming. También dictó otras sentencias análogas, en 1931 en los litigios entre Connecticut y Massachusetts, entre Nueva Jersey y Nueva York y entre Arizona y California. Comparte la misma doctrina la corte del Estado de Alemania en el fallo de 1927, que solucionó el litigio entre dos Estados federales, Wurtemberg y Prusia, sobre el nivel de agua en el Danubio. En la Argentina hay litigios análogos interprovinciales, entre Mendoza y La Pampa.

²² También el río Jordán es objeto de un grave litigio, desde la terminación del mandato británico sobre sus dos orillas, o sea sobre Palestina y Transjordania. La causa inmediata del conflicto, es el propósito israelí de desviar las aguas del Jordán para el riego del desierto de Negueb. Véase Whiteman, t. 3, ps. 1013-1020.

²³ La distribución del agua del Nilo entre Egipto y Sudán fue solucionada por el tratado anglo-egipcio de 1929, pero como en ese entonces Egipto, aunque emancipado del protectorado británico desde 1922, se encontraba todavía bajo la completa tutela del Reino Unido prácticamente todo el valle del Nilo quedó bajo el poderío británico hasta 1936 en que se produce la auténtica emancipación de Egipto y su separación de Sudán que, aunque estaba sometido de hecho exclusivamente a Gran Bretaña, de derecho se hallaba bajo un condominio anglo-egipcio. La utilización del agua del Nilo fue distribuida por un tratado auténticamente internacional, que Egipto y Sudán firmaron en 1958. Whiteman, t. 3, ps. 1002-1012. El tratado de 1959 ha elevado la distribución del agua en favor de Sudán. Cabe agregar que después de la debelación de Abisima, Italia proyectaba la construcción de una gran represa en el Nilo para desviar sus aguas hacia la desértica Eritrea.

Ante la cuestión de la utilización del agua de los ríos internacionales existen en la doctrina tres tendencias:²⁴

1) *La teoría territorial* que es la primera en el orden cronológico y corresponde al primitivo concepto individualista del siglo pasado: reconoce a cada Estado un derecho, limitado a la utilización del agua sin tener en consideración a los demás Estados.

2) *La teoría de la integridad* que inspira al fallo de la corte alemana de 1927 y que requiere, para cada modificación del curso natural de un río, el consentimiento de todos los Estados interesados, en consideración a la integridad orgánica del río, mejor dicho de la cuenca.

3) *La teoría de la solidaridad* que es la más reciente y menos radical que la segunda: impone tan sólo la obligación de entablar las negociaciones antes de emprender modificaciones que podrían dañar seriamente los intereses de los demás Estados. Esta última doctrina inspiró el convenio sobre la utilización de la energía hidráulica, firmado en Ginebra en 1923, y a la séptima conferencia internacional americana de 1932. En la época de posguerra fue adoptada por dos instituciones mundiales que se dedican al desarrollo del d.i.: la Asociación del Derecho Internacional en 1956,²⁵ y el Instituto de Derecho Internacional en 1961,²⁶ y también por un cuerpo especializado: el comité de energía eléctrica de la comisión económica de la ONU para Europa.²⁷

• Entre la teoría de la integridad y la de la solidaridad existe más bien una diferencia de grado, que se manifiesta en los procedimientos. Lo esencial es que las dos rechazan el derecho del Estado a disponer arbitrariamente, en su territorio, del agua de un río internacional.²⁸

Noción de cuenca hidrográfica internacional: Los nuevos usos de

²⁴ Ferrer Vieyra, 1967.

²⁵ Resolución de la 47a conferencia de la Asociación de d.i., de 1956, art. 6.

²⁶ Resoluciones que el instituto de d.i. tomó en su sesión de 1961.

²⁷ Recomendación del Comité para Energía Hidroeléctrica de la Comisión Económica de la ONU para Europa, de 1954: (Whiteman, t. 3, ps. 944-945).

²⁸ Coincide con esta tendencia universal la opinión que emitieron los expertos del recurso del agua de la Cuenca del Río de la Plata, en su segunda reunión, que se terminó en Brasilia el 24-5-1970, con la participación de Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil. Cabe agregar que el problema de la explotación de la energía hidroeléctrica es una de las cuestiones que plantea la colaboración de los cinco mencionados países, dentro del marco del Comité Intergubernamental Coordinador. Abarca también el intercambio de la información relativa a la navegación, la reglamentación de la seguridad náutica, la intercomunicación vial y el incremento del comercio.

las aguas hicieron necesaria la consideración integral de todos sus componentes: cauce principal, afluentes, nacientes, aguas subterráneas. Ello llevó a la noción de cuenca Hidrográfica Internacional, la que fue adoptada por la Internacional Law Association en las reglas de Helsinki de 1966 y por el profesor Schwebel, segundo relator del tema sobre la codificación del Derecho Internacional de los Cursos de Aguas Internacionales de la CDI. Schwebel destacó “el carácter unitario de los cursos de aguas internacionales en tanto que recurso común compartido...”²⁹

Actualmente se acepta la expresión de “*curso de agua internacional*” propuesta por Evensen en un segundo informe. Se entiende por tal “un curso de agua cuyas partes se encuentran en Estados distintos”. Es decir que se elimina la mención a los componentes hidrográficos, como ríos, lagos, canales, glaciares y aguas subterráneas que, constituyen un conjunto unitario, al que Schwebel denominaba “*sistema de curso de agua*”. Frente a la diversidad de los cursos de agua existentes, y la dificultad de formular principios generales de aplicación universal, se propuso establecer un tratado básico complementado con acuerdos de sistemas adaptados a cada caso concreto.

Para Colliard la expresión “*cuenca integrada*” es una noción que se deriva de una concepción funcional, según lo cual los ríos deben ser considerados en relación con su finalidad económica. La sentencia en el caso del lago Lanós, señaló que “la unidad de la cuenca no es sancionada, en el plano jurídico, sino en la medida que corresponda a realidades humanas”.

El d.i. marca los límites entre el derecho del Estado nacional por donde atraviesa un río y el de los Estados corribereños. La polémica en torno a este tema ha dado lugar a diversas concepciones: *Doctrina Harmon, o de la soberanía absoluta*, aplicada en la controversia entre Estados Unidos y Méjico en relación al Río Grande. Estados Unidos desvió las aguas de dicho río para favorecer la irrigación en su territorio, en perjuicio de los intereses de los agricultores mejicanos.³⁰

²⁹ El primer Relator especial de la Comisión en esta materia, Richard Kearney, se vería obligado a proponer en su informe la expresión menos ambiciosa de *cuenca fluvial*, que comprende a los ríos internacionales y a sus afluentes, incluidos aquellos cuyo curso transcurre por el territorio de un solo Estado. Esta expresión, sin embargo, tampoco tendría buena acogida entre los miembros de la Comisión.

³⁰ Según Harmon —fiscal general de USA que debió expedirse sobre el tema en 1895— existe un principio fundamental de Derecho Internacional: la soberanía absoluta de cada Estado dentro de su territorio, frente a la cual no cabrían otras

La posición norteamericana cambió con su posición geográfica —país de aguas abajo— en un curso de agua internacional. Con relación a México es país de aguas arriba y por ende tiene el control del río por lo que aplica la doctrina Harmon, pero con relación a Canadá —respecto al río Colorado— es país de aguas abajo, pasible de recibir los efectos negativos de las decisiones de su vecino de aguas arriba. Esta situación se plantea respecto al río Columbia. Estados Unidos es país de aguas abajo, y ante la decisión de Canadá de desviar el curso de agua, se replanteó la doctrina Harmon y así en 1961 reconoció por tratado la obligación de compensar a Canadá por los beneficios derivados para él de la construcción de las represas, que evitaron perjuicios en el territorio estadounidense.

La doctrina de la “una comunidad de intereses” en torno a un río fue afirmada por la CPJI en la sentencia de 1929 en el caso del río Oder. El Tribunal, refiriéndose a la libertad de navegación, dijo que esta se basa en una comunidad de intereses de los Estado ribereños, cuyos rasgos esenciales son la perfecta igualdad de todos los Estados ribereños en el uso de todo el recorrido del río. Como ha escrito Jiménez de Aréchaga, aunque este principio progresivo fue enunciado por el tribunal respecto de la navegación, sus conceptos fundamentales de igualdad de derechos y comunidad de intereses son aplicables a todas las utilizaciones de los cursos de agua internacionales.³¹ Por nuestra parte interpretamos que en la teoría de la comunidad de intereses, está implícita la obligación de cooperar de los Estados ribereños, conforme a los siguientes principios que rigen la utilización de los cursos de agua internacionales: el principio de utilización común, el principio de la utilización inocente y el principio de la utilización óptima.

En conclusión, la navegación se rige en cada curso de agua internacional por el régimen particular que por vía convencional se haya establecido. A falta de tal régimen serán de aplicación las

excepciones más que las consentidas por el propio Estado. En 1906 se celebra un Acuerdo sobre Río Grande por el que Estados Unidos acepta proveer a Méjico de una cantidad de agua equivalente a la utilizada por este país con anterioridad a las desviaciones, si bien manifestaba que lo hacía por razones de cortesía internacional y no porque estuviese obligado a ello. Según se pone de manifiesto en los trabajos de Austin, Estados Unidos va a mantener esta doctrina hasta los años cincuenta. Acorde con esa tesitura, en 1909, Estados Unidos y Canadá concluyen el Tratado de límites de aguas, en el que se afirma el principio de la soberanía absoluta.

³¹ Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecno, Madrid, 1996, p. 410.

disposiciones del Estado ribereño en el tramo que se encuentra bajo su soberanía. “en la medida en que otros usos de las aguas afecten a la navegación o resulten afectados por ésta”.³²

El jurista argentino Julio Barberis desarrolló un concepto aún más moderno al considerar a los cursos de aguas internacionales como *recursos naturales compartidos*, idea que también compartieron Evensen y Schwebel, en sus informes a la CDI.

Según el artículo 3º de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974: “En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cauce daños a los legítimos intereses de los otros”. Ello implica la imposición de límites a la soberanía de los Estados.

La codificación del derecho Internacional de los cursos de aguas internacionales elaborado por la Comisión de Derecho Internacional se rige por cinco principios rectores³³ que son:

1) *La participación equitativa en los usos del curso de agua internacional*. La CIJ en el caso del lago Lanós, el Tribunal arbitral consideró que el Estado del curso superior posee la “obligación de tener en cuenta los diversos intereses afectados, de tratar de respetarlos en la medida en que esto sea compatible con la defensa de sus intereses propios, y de demostrar que, a este respecto, hay una preocupación auténtica por conciliar los intereses de los otros ribereños con los suyos propios”.

En las Reglas de Helsinki de 1966, de la International Law Association, el principio es recogido en el artículo 4º que establece que “cada Estado de la cuenca está facultado, dentro de su territorio, a una

³² La práctica internacional no acepta el principio de la libertad de navegación fluvial, sólo existen dos Convenios generales, el de Barcelona de 1921 y el de Ginebra de 1923, que se refieren a la comunidad de intereses pero no han recibido el número de ratificaciones suficiente para entrar en vigencia. A su vez la jurisprudencia internacional, en el caso de las tomas de agua en la Mosa (sentencia de junio de 1937) aplicó el Tratado de 1863, entre Bélgica y los Países Bajos (solución convencional), evitando aplicar normas de Derecho Internacional general. En el caso del lago Lanós, admite la posible existencia de normas consuetudinarias, pero prescinde de las mismas en la resolución del caso.

³³ Moya Domínguez, María Teresa: “La regla del uso racional y equitativo en los cursos de aguas internacionales”, monografía presentada en el Curso de Doctorado en Derecho Internacional, UBA, 1977.

razonable y equitativa participación en las ventajas derivadas de las aguas de una cuenca internacional”.

Este principio ha sido objeto de diversas formas de aplicación en la *práctica convencional*, llegándose en algunos casos a dividir las aguas o cantidades de aguas entre los Estados ribereños, o a dividir los cursos de agua en tramos.

2) *El principio de la utilización máxima u óptima*, como principio que informa la aplicación del anterior al respecto la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas dijo: “se quitan las fronteras; se hace venir a ingenieros cualificados que elaboren la mejor solución técnica para el aprovechamiento del curso; se ponen las fronteras, y la construcción y ejecución de las obras se ejecuta dentro de cada país conforme a sus propias leyes” se refería a lo sostenido por el Convenio de Ginebra de 1923.

El principio de la participación equitativa es el que deba tomarse en consideración a la hora de determinar convencionalmente los usos prioritarios, así como los derechos y obligaciones que, en relación con cada uso, corresponden a cada Estado ribereño.

3) *El principio de la utilización inocente*: que implica el deber de impedir que se causen daños substanciales al Estado vecino. Este principio no es sino una concreción del principio de la buena vecindad, consagrado en el artículo 74 de la Carta de las Naciones Unidas y que descansa en la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*. El proyecto de Evensen lo recoge en el artículo 9.³⁴

El principio de la utilización inocente exige prevenir los daños y adoptar las medidas adecuadas antes de que estos se produzcan, lo que implica el cumplimiento del cuarto principio.

4) *El deber de notificar y de consultar* a los Estados corribereños la ejecución de trabajos susceptibles de afectar al curso de agua internacional. En el caso del lago Lanós quedó en claro que no existe a favor de los corribereños un derecho de veto.

³⁴ Art. 9º: “Todo Estado del sistema evitará y procederá a evitar (dentro de su jurisdicción) usos o actividades ... que puedan causar perjuicio apreciable a los derechos e intereses de otros Estados del sistema, a menos que se prevea otra cosa en un acuerdo...”. La existencia del perjuicio considerable o substancial es, como ha señalado Jiménez de Aréchaga, la condición esencial para imponer restricciones a la soberanía territorial. En relación con el principio de la utilización inocente se plantea la cuestión de la protección del medio ambiente fluvial y, en particular, el de la contaminación.

5) Si surge controversia existe además *el deber de negociar*, es decir, que cuando se trata de la utilización de cursos de aguas internacionales las partes deben negociar sus diferencias lo que no implica el deber de alcanzar un acuerdo ni excluye el recurso a otros medios de solución de las controversias.

Como señala Ernesto Rey Caro las propuestas de los Relatores Especiales han ido mucho más allá del contenido que exhibe el proyecto de la Comisión, ya que hay aspectos que este último ha omitido, como la solución de controversias y toda la cuestión de la responsabilidad por daños, pero ello es explicable en razón que en su doble vertiente, la responsabilidad que emana de los actos o hechos ilícitos como la que surge de los actos o hechos no prohibidos por el derecho internacional, todavía se encuentra a estudio y consideración de la CDI, mostrándose este último aspecto como extremadamente complejo. Difícilmente podría la Comisión haber desprendido este aspecto particular del ámbito general de la responsabilidad y regularla independientemente.³⁵

E. Codificación sobre el derecho de los usos de los cursos de Aguas Internacionales para fines distintos de la navegación

En 1995 la CDI termina de elaborar el proyecto de articulado sobre este tema, se trataba de directrices generales para la negociación de futuros acuerdos sobre la utilización de los cursos de aguas internacionales, con un enfoque flexible que garantizaba el aprovechamiento y utilización del recurso. El artículo primero exceptúa a los tratados y normas consuetudinarias en vigor de la aplicación del proyecto de artículos tomando el ejemplo de las normas de Helsinki. De esta forma se permite que más Estados adhiriesen al acuerdo marco propuesto. Se incluyeron normas sobre medio ambiente desarrolladas en instrumentos internacionales recientes como la declaración de Río de 1992, que se refiere también al desarrollo sostenible. Se estableció la necesidad de contemplar estudios previos sobre impacto ambiental. Se sustituyó la noción de "daño apreciable" por la de "daño sensible" que es la terminología más aceptada por los Estados. Se consideró conveniente no incluir las aguas subterráneas no relacionadas con los cursos de aguas internacionales en el presente proyecto.

³⁵ Rey Caro, Ernesto José "La codificación del derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación" en *El derecho Internacional en el mundo en Transformación*, Montevideo, 1994, ps. 667 a 712.

Contenido del articulado:

Parte I. Introducción: art. 1º, ámbito de aplicación; art. 2º, terminología; art. 3º, acuerdos de curso de agua; art. 4º, partes en acuerdo sobre el curso de agua.

Parte II. Principios Generales: art. 5º, utilización y participación equitativa y razonable; art. 6º, factores pertinentes de una utilización equitativa y razonable; art. 7º, obligación de no causar daños sensibles; art. 8º, obligación general de cooperación; art. 9º, intercambio regular de datos e información; art. 10, relación entre las diferentes clases de uso.

Parte III. Medidas proyectadas: art. 12, notificación de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial (mecanismo de consulta); art. 16, falta de respuesta a la notificación; art. 17, consultas y negociaciones sobre las medidas proyectadas; art. 19, ejecución urgente de las medidas proyectadas.

Part. IV. Protección, preservación y gestión: art. 20, protección y preservación de los ecosistemas (enfoque integrado); art. 21, prevención, reducción y control de la contaminación; art. 23, protección y preservación del medio marino; art. 24, gestión; art. 28, casos de urgencia; art. 29, casos de conflicto armado; art. 32, no discriminación; art. 33, solución de controversias. Algunos Estados eran partidarios del arbitraje obligatorio, otros se conformaban con establecer una comisión de determinación de los hechos con carácter obligatorio, para resolver las controversias.

57. Comunicación ferroviaria

A. Objetivos

En materia ferroviaria, la colaboración internacional abarca dos campos: la coordinación de las redes y el establecimiento de las tarifas para facilitar el trayecto continuo entre los distintos Estados.

La coordinación de las redes se afirma en múltiples campos: 1) adopción del mismo ancho de las vías férreas y conexión de las redes nacionales mediante la unión o prolongación de las líneas existentes; 2) limitación de las formalidades, a fin de lograr rapidez y regularidad en el tráfico internacional. Para el transporte de mercancías, se adopta una rúbrica única de transporte, y para el transporte de pasajeros, se simplifican los trámites aduaneros y policiales y se ponen servicios directos de trenes internacionales o, por lo menos, de coches directos;

3) establecimiento de estaciones internacionales únicas o yuxtapuestas que permitan la centralización en un mismo lugar de diversas operaciones de entrada y salida de los pasajeros; 4) cambio y utilización recíproca del material rodante en las líneas, lo que es posible gracias al establecimiento de rieles de igual anchura. Queda asegurada en este aspecto la unidad técnica de los ferrocarriles por la conclusión de una serie de convenios especiales.

Todos estos objetivos han sido logrados, gracias al progresivo perfeccionamiento de la colaboración internacional de índole técnica, por medio de una serie de convenios, firmados desde el año 1890. Esta colaboración es posible gracias a la aceptación por todos los países europeos, salvo España, Portugal y Rusia, del mismo ancho de las vías. Bien entendido, ningún otro continente presenta tan amplias posibilidades y necesidades para la colaboración ferroviaria como Europa.³⁶ En nuestro continente actúa la Asociación Latinoamericana de Ferrocarriles (ALAF). Entre los países del Mercosur resulta difícil la interconexión ferroviaria porque utilizan distintos tipos de trochas.

Es mucho más difícil la colaboración internacional en el orden económico. Las tarifas ferroviarias son, al lado de los aranceles aduaneros, uno de los medios más eficientes de la política económica interna de los Estados; por lo tanto no es de extrañar que esos no estén dispuestos a renunciar a dicha política, salvo dentro del marco de una adelantada integración económica regional, del tipo de la Unión Económica Europea.

Cada Estado conserva plena autodeterminación en materia tarifaria, pero todos se comprometen a establecer tarifas razonables, en cuanto a las tasas y a las condiciones de su aplicación. De acuerdo a este principio, las tarifas se aplican a todos los usuarios de una manera uniforme, sin ninguna discriminación fundada en la nacionalidad.

B. Normas

Las normas del d.i. relativas a los ferrocarriles están constituidas: a) por el estatuto y el convenio de Ginebra de 1923, en lo que concierne

³⁶ Después de la escisión política de ese continente posterior a la segunda guerra mundial, dicha colaboración llegó a su máxima intensidad entre los países de Europa occidental; su mayor manifestación de cooperación es Eurofima o Sociedad Europea para la Financiación del Material Ferroviario, una compañía cuyos miembros son las administraciones ferroviarias de distintos países europeos.

a la determinación de los principios rectores que regulan el régimen internacional de las vías férreas; b) por los convenios de Berna de 1890, 1893, 1895, 1924 y de 1952, el de París de 1898 y el de Roma de 1934, que establecen la reglamentación técnica de los transportes en sentido propio. Los principales son los de 1890, 1924, 1934 y 1952, los cuales reúnen a Estados contratantes en una comunidad internacional y unifican la explotación técnica y la administrativa de los transportes ferroviarios.

Numerosos organismos internacionales se ocupan de las comunicaciones ferroviarias. El más importante es la Unión Internacional de Ferrocarriles (UIC), creada para asegurar entre las distintas administraciones interesadas, la unificación y mejoras de la explotación de las redes ferroviarias, con vista al tráfico internacional. Agrupa 43 administraciones y desde 1951 representan los intereses de los ferrocarriles de los Estados miembros.³⁷ Además existen varias organizaciones no gubernamentales especializadas.³⁸

58. Comunicaciones por carretera

La reglamentación jurídica de los transportes por carretera tiende a favorecer al turismo internacional, en sus diversos aspectos. Concretamente, abarca: a) la simplificación de las formalidades aduaneras (facilidades en la admisión temporal con franquicia de los vehículos y mercancías transportados en tránsito); b) la unificación de las normas relativas a la responsabilidad civil y el seguro obligatorio de los automovilistas, y la uniformidad en el control de la circulación de las señales.

La regulación internacional de estas materias es posterior. Sus fuentes son el convenio internacional sobre los transportes por carre-

³⁷ Además cumple una serie de tareas técnicas (estudios sobre la estandarización del material rodante, la centralización de la documentación), y comerciales (centralización y compensación de cuentas y coordinación de la publicidad).

³⁸ Son: 1) la Unión Internacional de Vagones, fundada en 1921; 2) la Unión Internacional para los servicios internacionales de coches directos, creada en 1921; 3) Conferencia europea de horarios, que desde 1891 coordina y mejora los horarios de los grandes trenes internacionales, 4) Comité internacional de transportes por ferrocarril que soluciona en pormenores los problemas que plantea la aplicación de los convenios internacionales en esta materia.

tera y automóviles de Ginebra, de 1949,³⁹ el convenio de Ginebra de 1954, sobre reglamentación económica de los transportes internacionales por carretera, y el convenio de Washington de 1943 sobre reglamentación de la circulación automovilística interamericana

El convenio de 1949 reafirma la competencia exclusiva de los Estados contratantes para reglamentar el uso de sus carreteras, pero enuncia el principio de que las carreteras servirán para la circulación internacional en las condiciones que el mismo prevé con lo que se condiciona la facultad de los Estados en orden a la cooperación internacional.

59. Correo y telecomunicaciones

El problema de la conciliación de la soberanía nacional con las necesidades del transporte internacional no se presenta en materia de los correos y los teléfonos.

Correo: Como el intercambio de correspondencia entre numerosos países requiere el tránsito a través de ellos, se planteó en esta materia, antes que en otras, la necesidad de una colaboración internacional organizada. Con este objeto se reunió ya en 1863 la primera conferencia internacional, con participación de quince Estados. En cumplimiento de las recomendaciones que se tomaron allí, fue convocada la segunda conferencia, en Berna, en 1874, que fundó la Unión General de Correos, transformada en 1878 en la Unión Postal Universal (UPU) y ahora tiene la condición jurídica de un organismo especializado de la ONU. El convenio de 1878 fue sometido a una serie de modificaciones.

A los efectos del intercambio del correo, todos los miembros de la UPU constituyen *un solo espacio postal*; además una parte de ellos aceptan, en virtud de adhesión expresa, el intercambio de paquetes. Las tarifas postales se fijan por medio de convenciones. Un Estado puede interrumpir provisionalmente las comunicaciones postales, total o parcialmente, notificándolo a los demás miembros; también puede retirarse de la UPU, después de denunciar el convenio con un año de anticipación. Para la aceptación de un Estado en la Unión es preciso

³⁹ Que reemplazó dos Convenios anteriores en la misma materia, firmados en París en 1926 y otro firmado en Ginebra en 1931, sobre la unificación de la señalización.

que voten en su favor los dos tercios de sus miembros. Si un Estado viola el convenio, los demás miembros pueden suspender el intercambio con él. Los litigios se solucionan por vía de arbitraje.

En la esfera de *las telecomunicaciones*, la colaboración internacional es anterior a la realizada en materia de correos. En 1855 fue creada la Unión Telegráfica de Europa Occidental y en 1865 la Unión Telegráfica Internacional. En 1906 aparece un organismo afín, la Unión Radiotelegráfica Internacional, que tenía una oficina común, en Berna, con la Unión Telegráfica Internacional. En 1932 las dos se fusionaron en la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Las normas de d.i. relativas a las telecomunicaciones han sido establecidas sucesivamente por los convenios de Madrid, en 1932; de Atlantic City, en 1947, y por el convenio de Buenos Aires, de 1952.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) tiene amplias competencias en materia de relaciones internacionales telegráficas, telefónicas y radiales. Por un lado, sus atribuciones abarcan estudios y dictámenes técnicos que, desde el punto de vista jurídico, cobran un auténtico poder reglamentario internacional y se ejercerá por medio de convenios y decisiones reglamentarias. Por otro lado, la UIT dispone de un amplio poder contencioso.

Los convenios nombrados establecieron el derecho del público a utilizar los servicios internacionales de telecomunicación; secreto telegráfico, preferencia de ciertas clases de noticias telegráficas, especialmente la prioridad de telegramas urgentes que se refieren a la salvación de la vida humana; códigos secretos; formas de confección de las facturas y liquidaciones; eliminación de perturbaciones que dañan las telecomunicaciones, y reciprocidad en el intercambio; por otro lado reglamentaron la facultad de detener los telegramas e interrumpir el servicio.

Las telecomunicaciones por medio de satélites artificiales serán abordadas dentro del contexto del derecho del espacio exterior.

En la última década del siglo XX Internet ha modificado las normas para comunicarse. A través de Internet, pueden transmitirse sin límites asuntos de Estado, comunicaciones entre terroristas, alteraciones del sistema financiero, etc. En su faz positiva, las conferencias y el correo electrónico constituyen una nueva tecnología apta para las comunicaciones descentralizadas y de bajo costo. El surgimiento de esta nueva tecnología coincide con el nuevo concepto de desarrollo descrito por Alvin Toffer, autor de "La Tercera Ola", quien adelantándose a su época

previó que las nuevas tecnologías de comunicaciones producirían un salto en la civilización. Estas nuevas técnicas facilitan no sólo la comunicación y el intercambio de conocimiento, sino también la comercialización de productos. Este nuevo campo de las comunicaciones requerirá una compleja regulación jurídico internacional en las vísperas del siglo XXI.

En materia de radio y telecomunicaciones se han celebrado, en los últimos 20 años, los siguientes convenios:

1) Convenio de Málaga - Torres Molinos (España). "Reglamento de radiocomunicaciones" del 26-10-1973. Aprobado por nuestro país por ley 21.478.

2) Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélites (Bruselas, 21-5-1974).

3) *Convenio de Nairobi (Kenya) del 6-11-1982. Aprobado por la Argentina con reservas mediante la ley 23.478 de 1986.*

4) Convenio que crea la Unión Internacional de Telecomunicaciones de Ginebra (22-12-1992). Aprobado por la Argentina por ley 24.848 del 11-6-1997.

SECCIÓN XIV

MAR

60. Conceptos generales: A. *Fuentes*; B. *División del mar*. 61. Aguas interiores. 62. Mar territorial. Zona contigua. Zona Económica Exclusiva: A. *Extensión del Mar Territorial*; B. *Derecho de paso inocente (acceso)*; C. *Zona contigua*; D. *Zona Económica Exclusiva*. 63. Estrechos y canales: A. *Generalidades*; B. *Estrechos*; C. *Canales*. 64. Alta Mar, Plataforma continental y Fondos marinos: A. *Acceso*; B. *Naturaleza*; C. *Jurisdicción*; D. *Plataforma continental*; E. *Pesca*; F. *Fondos Marinos*; G. *Casos particulares*.

*La Tercera Conferencia del Mar, organizada por la ONU e iniciada en diciembre de 1973, terminó su labor 9 años más tarde con la firma del Tratado de Montego Bay, en abril de 1982. Según una corriente generalizada, la evolución del derecho del mar presenta tres periodos: 1) desde el comienzo de los tiempos modernos, hasta la finalización de la segunda guerra mundial en el que predominaron los intereses de la libre navegación, junto con los de carácter militar y los de orden económico, así como los intereses coloniales. Sólo había dos espacios marítimos claramente definidos: un mar territorial exiguo y un alta mar plenamente libre; 2) desde 1945 hasta la mitad de la década de los sesenta. Se regulan dos nociones nuevas: la plataforma continental y el Régimen de Pesca en Alta Mar, impuestas por razones de orden económico. En este período se firman las 4 convenciones de Ginebra de 1958, y se produce la 2da. Conferencia en Ginebra, tan sólo dos años después (1960); 3) desde entonces hasta la firma del tratado de 1982, influyeron factores económicos, estratégicos y tecnológicos en la profunda modificación del Derecho del Mar. Frente a la complejidad de las cuestiones y de los intereses planteados, se generó la idea de la "solución paquete" * para encontrar una "solución global" a las cuestiones. Así se llegó al Acuerdo de Caballeros en el Reglamento de la 3ra. Conferencia, por el cual no se deberían someter a votación las cuestiones hasta que no se hayan agotado los esfuerzos para llegar a un consenso.*

* J. P. Levy, "Vers un nouveau Droit de la Mer", en *Revue Generale de Droit International Public*, 1975, Nro. 4.

Entre los factores económicos corresponde tener en cuenta el de los nuevos Estados surgidos de la descolonización, particularmente en los años sesenta, así como el de los Estados sin litoral marítimo, o "en situación geográfica desventajosa". Los factores estratégicos de los años sesenta y todavía al comienzo de los ochenta, fueron los intereses de las superpotencias de facilitar la movilidad de sus efectivos bélicos en los estrechos internacionales, por lo que se dejó sin efecto el régimen del paso inocente propio de la navegación en esos ámbitos, y se consagró la libertad de paso y sobrevuelo, "como si los estrechos utilizados para la navegación internacional ubicados en el mar territorial, fuesen corredores o pasillos de alta mar". Pese a la desaparición del sistema bipolar, el nuevo régimen continuará porque se ajusta a los intereses de la potencia hegemónica, es decir EE.UU.

Sin duda, los factores tecnológicos fueron tenidos en cuenta en la creación y regulación de las nuevas zonas, tales como la Zona Económica Exclusiva, la nueva concepción de la Plataforma Continental, y particularmente los Fondos Marinos. Para evitar el choque de intereses se declaró a este nuevo espacio —de los fondos marinos—, como "patrimonio común de la humanidad", no susceptible de apropiación o reivindicación soberana por los Estados. Se trata de la explotación de los recursos naturales en el mar, a los que actualmente se accede por el gran desarrollo tecnológico sufrido en los últimos 25 años. Con los factores tecnológicos también han influenciado consideraciones de carácter ecológico, las que dieron lugar a todas las disposiciones sobre preservación del medio marino.

Al tratar el tema de la explotación de los fondos marinos se formaron varios grupos que representaban distintos tipos de intereses. Recién en 1994 se logró dar una solución convencional a la Parte XI de la Convención del Mar.

60 Conceptos generales

A. Fuentes

Desde el punto de vista de las fuentes, el d.i. del mar es consuetudinario, se desarrolló en la edad moderna, bajo una notable influencia de la doctrina —sobre todo, cabe destacar, la conocida polémica sostenida entre Grocio y Selden— y en la época contemporánea, con el aporte de la jurisprudencia internacional —casos célebres como el *Lotus*, o el de las *aguas territoriales anglo-noruegas*, y otros—.

Se consideró el derecho del mar como una de las materias más codificables de d.i. Esta tarea fue abordada por la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional reunida en 1930 por la SDN, pero este intento terminó con un fracaso general. Después de la Segunda Guerra Mundial, la CDI preparó durante ocho años una serie

de convenios sobre el derecho de mar, que fueron aceptados, sin modificaciones sustanciales por la Conferencia de Ginebra de 1958, salvo lo relativo al mar territorial y la zona contigua.¹

El tema de las competencias del Estado en el espacio marítimo ha sufrido profundas transformaciones doctrinarias que tienden a plasmarse en normas convencionales a la brevedad. En su carácter de foro de la comunidad internacional, la ONU a través de la AG se propuso actualizar las Convenciones de Ginebra de 1958 y 1960, teniendo en cuenta las nuevas tendencias de Derecho del Mar. De este modo se convocó a la Tercera Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar.²

B. División del mar

Yendo hacia mar adentro, siempre pueden distinguirse cinco zonas: las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva (ZEE) y alta mar; además entre ciertos sectores de la costa y el mar territorial se interponen las aguas interiores. Examinaremos sucesivamente estas cinco franjas y luego procederemos

¹ La obra de la CDI corresponde parcialmente a la *codificación* del d.i. en sentido estricto, y en parte al *desarrollo progresivo* del mismo, creando nuevas normas, o tan solo enunciando nuevos principios, que necesitaron una elaboración normativa en futuros tratados, multilaterales o, quizás, tan solo bilaterales. Concretamente, el convenio sobre alta mar se limitó *grosso modo* a la codificación del derecho consuetudinario existente, aunque contenía también algunas normas nuevas, sobre todo contra la contaminación de las aguas. El convenio sobre el mar territorial y la zona contigua intentó cristalizar la doctrina jurisprudencial, del célebre caso de las *Aguas territoriales noruegas*. Por fin el convenio sobre la plataforma continental creó una nueva institución, recogiendo elementos del derecho interno de una serie de países.

² En la sesión de Nueva York, 1973, se dijo que: "la tarea que le incumbe a la Conferencia puede ser analizada bajo 3 aspectos: 1º la revisión de las convenciones de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar para actualizarlas; 2º la adopción de nuevas normas sobre la conservación del medio marino, la reglamentación de la pesca y sobre la situación de los Estados archipelágicos, los Estados sin litoral, el régimen de los estrechos y los procedimientos de solución de controversias; y finalmente, la creación del régimen de administración internacional de los fondos marinos y oceánicos, considerados como "patrimonio común de la humanidad; 3º el tema central de la conferencia es la justicia internacional y de manera más concreta la justicia económica aplicada a las relaciones entre los Estados en los mares y los océanos ya que el proceso de la descolonización ha llegado también al derecho del mar. Véase la conferencia del Sr. Vázquez Carrizosa representante de Colombia en la Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar.

al estudio de la conexión entre los mares libres por medio de los estrechos naturales y los canales artificiales. Por debajo de la superficie se encuentran otros dos espacios marítimos, la plataforma continental y los fondos marinos.

Hay que tener en vista que por encima de estas divisiones, el mar constituye una unidad física, de modo que el barco cambia su condición jurídica al pasar el límite entre cada zona.

Myres McDougal³ señaló, en un cuadro panorámico, como avanzando hacia el mar adentro, se van reduciendo paulatinamente los derechos del Estado costero en tres aspectos: el acceso al mar, el ejercicio de las competencias y, por fin, la explotación de los recursos.

En las aguas interiores, el Estado costero tiene la facultad discrecional de prohibir el acceso a los buques extranjeros y la exclusiva facultad de la explotación de sus recursos. Sus competencias son muy extensas, pero no ilimitadas, como no lo son incluso en el territorio.

En las aguas territoriales, la facultad de prohibir el acceso está limitada por el derecho de paso inocente que gozan los buques extranjeros, pero son los respectivos Estados, en quienes recae la prueba de esta inocencia. Por otro lado esta facultad está limitada a las zonas donde este paso es imprescindible, sobre todo a los estrechos marítimos. Todas las demás facultades son iguales como en las aguas interiores.

Las atribuciones del Estado costero en la zona contigua están restringidas a determinadas actividades. El Estado puede controlarlas, aplicando su propio derecho a los buques extranjeros, pero debe probar la necesidad de control, en cada caso.

En la plataforma submarina, el derecho del Estado costero queda limitado únicamente a la explotación de los recursos económicos.

Por fin, en alta mar desaparece la categoría de Estado *costero*, de modo que todos los Estados del mundo, inclusive los que carecen de un propio acceso al mar (como Bolivia o Paraguay), se encuentran en condiciones de plena igualdad jurídica.

Esta relación fue destacada durante los debates sobre el derecho del mar, en la AG de la ONU en diciembre de 1958.⁴

³ Véase Myres McDougal, 1967, ps. 15-19.

⁴ Cabe agregar que la extensión de ciertas competencias estatales de una serie de naciones latinoamericanas hasta las 200 millas tuvo por única finalidad la protección de los recursos naturales y no abarcó competencias de otra índole, propias

Los enfrentamientos que provocaron los problemas litigiosos que presentaban el derecho del mar, no se produjeron en la dimensión axiológica, sino en la sociológica y en un doble aspecto:

Por un lado, *el derecho al acceso*. Las grandes potencias marítimas estaban interesadas en que el alta mar sea lo más amplio posible, adonde ellas tienen un acceso ilimitado. Por lo tanto insistieron en la restricción de la anchura de las aguas territoriales a 3 millas. En 1980, un 80% del tonelaje mundial pertenecía a los Estados con 3 millas de mar territorial. Los Estados con menor potencia marítima reclamaban un ensanchamiento del mar territorial, a fin de poder proteger mejor sus intereses.

Por otro lado, *los Estados cuya población se dedica en gran proporción a la pesca*, reclaman la libertad de la actividad pesquera fuera del mar territorial. Otros Estados reclamaron la facultad de reglamentar la pesca en las zonas más amplias, para preservar la fauna marina contra el exterminio.⁵

El Congreso argentino aprobó por ley N° 24.543 (B.O. 25-10-95) el texto de la Convención del Mar de 1982. Para poder implementar los nuevos espacios marítimos que se crearon en 1982 se estableció una nueva modalidad de líneas de base mediante la Ley N° 23.968, sancionada el 14-8-91, que incluye normas sobre: Mar territorial, Línea de base, Zona económica exclusiva, Plataforma continental, Zona contigua y Modificación del Código Aduanero. La ley dispone en su art. 1°: "Fíjense como línea de base de la República Argentina, a partir de las cuales se miden sus espacios marítimos, las líneas de base rectas definidas en el listado que como anexo I, forma parte de la presente ley, y cuyo trazado figura en las cartas a que hace referencia el mismo y que se agregan como anexo II". Quedan incluidas en las líneas de base, las líneas que unen los cabos que forman las bocas de los golfos San

del mar territorial y de la zona contigua, especialmente el derecho de acceso al mar. Por lo tanto no era correcto afirmar que hasta las 200 millas se extendía la soberanía nacional, la cual, en realidad, abarca tan sólo el mar territorial. Lo destaca Puig, 1970, pág. 237; Véase Rey Caro, 1971.

⁵ No es de extrañar que no se haya llegado al establecimiento de una anchura uniforme del mar territorial, en las conferencias internacionales realizadas en Ginebra en 1958 y 1960. Y que en materia de pesca se enfrentaron dos bloques: por un lado, las *naciones pesqueras*, encabezadas por EE.UU. y, por otro, los Estados latinoamericanos que intentaron realizar un frente común de los *Estados de menor desarrollo en esta materia*, de acuerdo a las conclusiones de la conferencia que se realizó con este propósito en Montevideo el 9-5-1970.

Matías, Nuevo y San Jorge, tal cual lo establece el art. 1º de la ley 17.094 y la línea que marca el límite exterior del Río de la Plata, según los artículos 1º y 70 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, del 19 de noviembre de 1973”.

Con respecto al Sector Antártico Argentino, sobre el cual la República Argentina, tiene derechos soberanos, las líneas de base serán establecidas por una ley posterior.

En su crítica al texto de la ley, Rey Caro reconoce que no podía exigirse una reglamentación más exhaustiva antes que la Argentina ratificara la Convención del Mar de 1982.⁶

61. Aguas interiores

Las aguas interiores, también llamadas territorio marítimo, comprenden: por un lado los puertos, radas y bahías sometidas a la soberanía efectiva del Estado, y por otro, los mares interiores rodeados por el mismo Estado, como el mar de Azov. El Estado ribereño ejerce plena soberanía territorial en las aguas interiores, con la totalidad de las competencias legislativas, administrativas y judiciales. Pero no la ejerce sobre individuos, sino sobre los buques, y está sujeta a una reglamentación especial conforme a la Convención sobre mar territorial y zona contigua de 1958, art. 59.

Queda vigente el derecho de paso inocente, si una parte del mar territorial está incluida en las aguas interiores. En tiempo de paz, el acceso de los buques de guerra extranjeros a las aguas interiores es libre, pero el Estado ribereño puede subordinar la entrada de dichas naves a ciertas condiciones, e incluso negarles la entrada en sus puertos. En el caso de avería o fuerza mayor no puede negárseles el acceso. El Estado costero tiene el derecho de fijar la duración de la escala, con arreglo a sus propias normas.

El barco de guerra extranjero está obligado a respetar la soberanía del Estado local: sus normas de policía, los reglamentos de navegación y las prescripciones sanitarias. Pero escapa a la competencia del Estado local, cuyos órganos no pueden realizar a bordo, registros, detenciones,

⁶ Rey Caro, Ernesto J. “Los Espacios Marítimos Argentinos en la ley 23.968”, en Anuario Argentino de Derecho Internacional, Tomo IV, Córdoba, 1990-1991.

ni otros actos coercitivos.⁷ Pueden negar los hechos ocurridos a bordo, pero no respecto a los delitos que los tripulantes cometan en tierra. Pueden pedir que les sean entregados los marinos culpables, para facilitar la instrucción, cuando éstos se han refugiado a bordo del barco de guerra.

Salvo por razones sanitarias o de orden público, el Estado no debe cerrar sus puertos a los barcos mercantes extranjeros.

El barco mercante extranjero está sujeto a las autoridades locales. No obstante, y especialmente en materia penal, la sumisión no es completa, ya que la competencia del Estado territorial queda sujeta a ciertas limitaciones.

Durante su estadía en el puerto, los barcos mercantes extranjeros se hallan sometidos a la competencia legislativa y jurisdiccional del Estado ribereño.⁸ No hay derecho de asilo a bordo de los barcos mercantes. La competencia penal de la jurisdicción local no abarca los delitos cometidos por los miembros de la tripulación relativos a la disciplina interior del barco. Pero si se cometen delitos a bordo, por personas extrañas a la tripulación o contra ellas (por ejemplo contra los pasajeros por miembros de la tripulación), es decir, cuando se ha alterado el orden público a bordo, se reclama la intervención de la autoridad local.

En la Convención del Mar de 1982 se establece que "las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado.

⁷ Los marineros amotinados, en 1891 en el buque chileno *El Pilcomayo*, surto en el puerto de Buenos Aires, cayeron bajo la jurisdicción argentina únicamente por haber sido desembarcados y entregados, bajo la custodia (que debía ser tan sólo provisional, según las intenciones del ministro plenipotenciario chileno) de la Prefectura Marítima Argentina. El gobierno argentino se negó a devolver la tripulación al gobierno chileno, y les otorgó el asilo; y la Corte Suprema argentina confirmó la adecuación al d.i de esta decisión gubernamental, T. 43, p. 321, Ruiz Moreno cita el fallo, 1970, ps. 54-58; de la Suprema Corte de EE.UU. que admitió la inmunidad del barco de guerra, en el caso de *The Schooner Exchange contra McFaddon y otros*, p. 58.

⁸ En el caso de *Basilio Adam*, confirmó la Corte Suprema de la Argentina, en 1883, la competencia del juez argentino para juzgar el homicidio cometido a bordo de un barco de comercio griego (t. 25, p. 189). Como un caso análogo se cita el de *Baldomero Jofré*, también del mismo año, aunque el homicidio tuvo lugar en el muelle de un puerto argentino, y no a bordo de un buque mercante extranjero (t. 25, p. 419).

En la legislación Argentina la ley 23.968 regula la cuestión en su art. 2 que dice: "Las aguas situadas en el interior de las líneas de base establecidas de conformidad con el art. 1 de la presente ley, forman parte de las aguas interiores de la República Argentina."

62. Mar territorial. Zona contigua. Zona Económica Exclusiva

A. Extensión del Mar Territorial

El artículo 1º del Convenio de Ginebra de 1958 sobre mar territorial y zona contigua decía: "La soberanía del Estado se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores, a una zona de mar adyacente a sus costas, conocida con el nombre de mar territorial. Esta soberanía se ejerce en las condiciones establecidas por las disposiciones de los presentes artículos y por las demás normas de derecho internacional".

El art. 3 de la Convención del 82 dice: "Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención", o sea que se avanza sobre el antiguo criterio del art. 1 del Convenio de Ginebra del 58 que no establecía una extensión fija a esta zona. La evolución sufrida en el derecho del mar a partir de los años sesenta llevó a una reivindicación cada vez mayor respecto a este espacio marítimo. Tal es lo que ocurrió con la tesis de las 200 millas de mar territorial sostenida por los países latinoamericanos. El texto convencional adopta una solución de transacción y deja de lado la propuesta latinoamericana.⁹

⁹ Ninguna norma del d.i. universal anterior a 1982 fijaba la extensión del mar territorial, por lo tanto cada Estado podía determinarla libremente. La Conferencia de Codificación reunida en La Haya, en 1930, fracasó al no conseguir elaborar un convenio internacional sobre el mar territorial.

Las dos conferencias internacionales sobre el derecho del mar, reunidas en Ginebra en 1958 y en 1960, tampoco establecieron una extensión uniforme.

Después del fracaso de las mencionadas conferencias, varios Estados extendieron el límite de sus aguas territoriales, unilateralmente a 12 millas: China continental, Irak, Panamá, Irán, Libia, Marruecos, Túnez, Madagascar, Canadá, Turquía y Gran Bretaña, la última, en lo que se refiere a sus límites de pesca.

Para salvar el espíritu de transacción alcanzado en Ginebra, varios Estados han elaborado convenios con alcance regional (Convenio de Londres de 9-2-1964, sobre pesca en el Mar del Norte), o bilateral.

El 1-12-1969, EE.UU. y URSS propusieron la convocatoria de una conferencia internacional que límite a 12 millas el mar territorial y la zona exclusiva de pesca.

En la ley 23.968 se adopta el criterio de la Convención y se establece en el art. 3 que: "El mar territorial argentino se extiende hasta una distancia de doce (12) millas marinas a partir de las líneas de base que se establecen en el art. 1 de la presente ley".

B. Derecho de paso inocente (acceso)

Las reglas aplicables a toda clase de buques están expuestas en los artículos 14 a 17. (C. Ginebra, 1958) y en los arts. 17 a 32 (Sección 3) de la Convención de 1982.

Los buques de cualquier Estado, con litoral marítimo o sin él, gozan del derecho de *paso inocente a través del mar territorial*, o sea de la navegación por el mar territorial, ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, pasando por un estrecho, o para dirigirse hacia alta mar viniendo de ellos, vale decir dirigiéndose a un puerto o saliendo de él. El paso comprende la facultad de detenerse y fondear, en la medida en que esto es normal para la navegación o le sea impuesto por una arribada forzosa o por un peligro. El art. 19 precisa el significado de este concepto.

El paso es inocente si no amenaza la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño. No se considerará inocente el paso de los buques de pesca extranjeros que no cumplan las normas del Estado ribereño que prohíben la pesca dentro del mar territorial. Los buques submarinos deben navegar, exhibiendo su bandera, en la superficie.¹⁰

El paso inocente debe realizarse de acuerdo a las leyes y a los reglamentos del Estado ribereño; pero éstas deben ser conformes al convenio y a las demás normas del derecho internacional (art. 21 de la Convención de 1982).

La Convención de 1958 determinaba la delimitación del mar, pasando por alto su anchura, en los artículos 3 a 13, lo que sí resuelve la Convención de 1982, estableciendo las 12 millas. La línea de base normal para medir la anchura del mar territorial es la línea de bajamar a lo largo de la costa. Cuando las costas de dos Estados se hallen situadas frente a frente, ninguno de dichos Estados tendrá derecho, salvo mutuo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de una línea media equidistante. No obstante los derechos históricos y otras circunstancias especiales pueden imponer la delimitación de otra índole.

¹⁰ El Estado ribereño puede suspender el paso de buques extranjeros, si tal suspensión es indispensable para la protección de su seguridad. Pero no puede aplicarla a los estrechos que se utilizan para la navegación internacional entre una parte del alta mar y otra parte del alta mar territorial de un Estado extranjero.

Las normas aplicables a los *buques mercantes*, están expuestas en los artículos 18, 19 y 20 (C. Ginebra, 1958) y en los arts. 22 a 26 del Convenio de 1982.

Podrán imponerse gravámenes a los buques extranjeros sólo como remuneración de servicios determinados, prestados al buque. Y esta medida puede aplicarse a los buques públicos que no son buques de guerra.

La *jurisdicción penal del Estado ribereño* no se ejercerá a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial (art. 27), para detener a personas y/o practicar diligencias con motivo de una infracción de carácter penal cometida a bordo de dicho buque durante su paso. Puede ejercerse únicamente: si la infracción afecta el orden público del Estado ribereño; si puede perturbar la paz del país o el orden en el mar territorial, o tener alguna repercusión en su territorio o a pedido del capitán del buque o el cónsul del Estado cuyo pabellón enarbola y, por fin, si la intervención es necesaria para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes u otros delitos internacionales.¹¹

Las normas aplicables a los buques de guerra están expuestas en los arts. 29 a 32. Cuando tal buque no cumpla las disposiciones establecidas por el Estado ribereño para el paso por el mar territorial a pesar de la advertencia, el Estado ribereño podrá exigir que el buque salga del mar territorial, pero no podrá aplicar ninguna medida coercitiva.

C. Zona contigua

Según el artículo 33 de la Convención de 1982, el Estado ribereño puede adoptar medidas de fiscalización necesarias para evitar las

¹¹ Pero el Estado ribereño puede proceder a efectuar detenciones o realizar instrucción de acuerdo a su legislación, a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial, después de salir de las aguas interiores. En todos estos casos, el Estado ribereño, a demanda del capitán, avisará a sus órganos consulares.

El Estado ribereño no puede tomar medida alguna a bordo de un buque extranjero que pase por su mar territorial, para detener a una persona o para realizar investigación con motivo de un delito cometido antes que el buque entre en su mar territorial, si tal buque procede de un puerto extranjero y se encuentra únicamente de paso por el mar territorial, sin entrar en las aguas interiores, como en el caso de franquear un estrecho.

infracciones a sus leyes en materia aduanera, fiscal, de inmigración y sanitarias, y para reprimir estas infracciones.¹²

Por su naturaleza jurídica la zona contigua difiere del mar territorial, que forma parte del territorio del Estado, al contrario la zona contigua, forma parte del alta mar. Por otra parte, mientras que el Estado ribereño ejerce sobre el mar territorial una competencia ilimitada, o sea la soberanía territorial, en la zona contigua sólo posee ciertas competencias limitadas y especiales. Son los intereses aduaneros y fiscales los que primordialmente han originado la institución de la zona contigua.¹³ A ellos se agrega la necesidad de aplicar medidas de protección sanitaria y militar, como también de la navegación.

En la Tercera Conferencia de la ONU sobre el derecho del Mar se duplicó la extensión de la zona en la que el Estado ribereño puede adoptar las medidas de fiscalización necesarias en materia de legislación aduanera, fiscal, de inmigración, sanitarias y proceder a la represión de sus infracciones.

En la nueva Convención, la naturaleza de esta zona es de carácter residual. Se superpone con la ZEE o sea que su régimen residual no corresponde ya al alta mar como sucedía en la convención de 1958, sino que lo es respecto de la ZEE.

D. Zona Económica Exclusiva

La Protección de derechos económicos: La Parte V de la Convención de Montego Bay, constituye toda una novedad, ya que encara la regulación de la llamada "zona económica exclusiva" como la zona situada fuera del mar territorial y adyacente a este, en el cual el Estado ribereño ejerce en forma exclusiva derecho de soberanía para los fines de la explotación y exploración, conservación y administración de los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, de los fondos

¹² Este concepto fue elaborado en el plano doctrinal por Gidel. Durante mucho tiempo tuvo que enfrentarse con la doctrina continental europea de la pluralidad de mares territoriales para un mismo Estado. En la actualidad, está consagrada por el derecho positivo, según hemos señalado.

¹³ Durante la legislación antialcohólica (1919-1932), EE.UU. tomó toda serie de medidas adicionales. 1) Ensacharon el mar territorial hasta las 12 millas, unilateralmente, en 1922, pero retrocedieron ante la protesta británica. 2) Por lo tanto recurrieron a otro medio: implantaron una zona contigua, por medio de los tratados con los 12 Estados, que la reconocieron, en 1924.

marinos y su subsuelo y las aguas suprayacentes. El Estado ribereño también ejerce derechos exclusivos y jurisdicción con respecto al establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, así como sobre otras actividades con miras a la explotación y exploración económica de la zona, como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; y respecto a la investigación científica.

El artículo 57 establece que la extensión de la zona económica exclusiva no podrá ser mayor de 200 millas náuticas medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide la anchura del mar territorial.¹⁴

Durante el debate, se dejó de lado la tesis de mar territorial de 200 millas por el más accesible concepto de mar patrimonial que fue conquistando la adhesión de muchos países.¹⁵

Es evidente que la Tercera Conferencia del Mar refleja la tendencia actual de la comunidad internacional que procura el establecimiento de un orden más justo, que concilie los objetivos económicos con las libertades fundamentales.

La Zona Económica Exclusiva (ZEE): Es una Institución nacida en la Tercera Conferencia del Derecho del Mar como transacción entre las potencias pesqueras y los países que reclamaban las 200 millas de mar territorial con el interés de preservar la riqueza ictícola de esa zona.¹⁶

La tercera Conferencia recogió el fenómeno de la percepción del agotamiento de los recursos naturales marítimos y la Convención del 82 la regula en su Parte V (Art. 55 a 87), estableciendo su anchura en 200 millas marinas contadas desde la línea de base a partir de la cual se mide la extensión del mar territorial. En nuestra ley de línea de base se recepciona el concepto en el art. 5.

Las facultades de los Estados ribereños en la ZEE son: a) derecho

¹⁴ Véase, Edmundo Vargas Caamaño, jurista chileno, fue miembro del Comité Jurídico Interamericano autor del trabajo: "Mar territorial y mar patrimonial", publicado por el mencionado comité.

¹⁵ La conferencia especializada de los países del Caribe sobre los problemas del mar, reunida en Santo Domingo el 20-7-1972, define y diferencia al mar patrimonial, siendo recepcionados sus principios por el seminario regional africano de Yaundé Camerún (20 al 30 de junio de 1972), y por el comité jurídico interamericano, en su resolución sobre el derecho del mar, del 9 de febrero de 1973.

¹⁶ La naturaleza jurídica de la ZEE es autónoma o *sui generis*, es decir que no participa de la misma naturaleza que el alta mar, corresponde analizar las definiciones contenidas en los artículos 55, y 86.

de soberanía para la exploración, explotación, conservación y regulación de los recursos naturales, del lecho y del subsuelo marítimo y de las aguas suprayacentes y toda otra actividad de carácter económico de o en la zona, b) Jurisdicción con arreglo a las disposiciones de la Convención, respecto a establecimiento y utilización de islas artificiales, investigación científica y protección y preservación del medio marino, y c) Otros derechos y deberes previstos en la Convención (art. 56).

La CIJ en la sentencia sobre la delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine —Canadá c/EE.UU. del 12-1-84— dijo: “que ciertas disposiciones de la convención relativas a la plataforma continental y a la ZEE que no han encontrado objeciones con ocasión de su adopción..., pueden ser consideradas como conforme actualmente al Derecho Internacional General en la materia”.¹⁷

La delimitación de la ZEE entre Estados cuyas costas son adyacentes o están situadas frente a frente dio lugar a una interesante discusión en la tercera Conferencia, que finalmente terminó adoptando la disposición del art. 298, que establece que se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del d.i., a fin de llegar a una solución equitativa. La Convención, sólo impone la obligación de recurrir al procedimiento de conciliación como método de solución de controversias, en este caso. Es decir que se deja de lado el criterio de la línea media, pero a la equidad se le dio un carácter más efectivo. Así lo interpretó la CIJ en el ya citado caso del Golfo de Maine entre Canadá y EE.UU. para quien la convención se limita a expresar la exigencia del arreglo consensuado del problema y a recordar el deber de llegar a una solución equitativa. En el caso de la Sentencia arbitral por la delimitación por la frontera marítima entre Guinea y Guinea Vissau el laudo señala que el derecho consuetudinario sólo puede suministrar “algunos principios jurídicos básicos que enuncian directivas a seguir con vistas a un fin esencial”. Se trata de una regla de d.i. reconocida por las partes y que se impone al tribunal.

La Pesca: El acceso de otros Estados a la pesca en la ZEE depende de la autorización otorgada por el Estado ribereño que es quién determina la captura permisible, determinando también y en forma previa su propia capacidad de captura (artículo 62,2) que da a los otros el excedente, lo que se otorga mediante acuerdos.

En materia de pesca hay 3 categorías de Estados: Estados de pesca

¹⁷ CIJ, Recueil 1984, p. 294.

habitual en la zona, Estados sin litoral y Estados en situación geográfica desventajosa. El artículo 62,3 se refiere a los primeros estableciendo la necesidad de reducir al mínimo la perturbación económica de los Estados cuyos nacionales han pescado habitualmente en la zona. El artículo 69 se refiere a los Estados sin litoral a los que reconoce el derecho a participar de una parte apropiada del excedente de los Estados ribereños de la misma región a través de acuerdos bilaterales subregionales o regionales.

Los Estados con características geográficas especiales a los que se refiere el artículo 70 son los que dependen de la explotación de los recursos vivos de las ZEE de otros Estados de la subregión o región para abastecer de alimento a su población, tienen el derecho a acceder a la pesca en forma semejante al caso de los Estados sin litoral.

La solución de los conflictos respecto de los recursos vivos en la ZEE se prevé en el artículo 297. La única obligación que se establece es la de someter la controversia a un procedimiento de conciliación regulado en la propia Convención, que comprende un informe con conclusiones sobre cuestiones de hecho o de derecho pero que no es obligatorio.

63. Estrechos y canales

A. Generalidades

Como distintas partes de alta mar están separadas por masas continentales, la comunicación entre ellas puede realizarse únicamente por los estrechos o los canales marítimos. En el primer caso el barco debe atravesar aguas territoriales de un Estado, haciendo uso del derecho de paso inofensivo. En el segundo caso cruza el territorio nacional en el cual fue construido el canal. El primer caso está vinculado, por ende, con el mar territorial y el segundo, en cierta medida, con el transporte internacional a través del territorio nacional.¹⁸

¹⁸ Tampoco se plantean problemas específicos en el caso de que la anchura del estrecho sea superior a las dos zonas de mar territorial, de modo que quede entre ellas una franja de mar libre; por ejemplo, el paso de Calais, tiene en su parte más estrecha 31 km. de anchura, por lo tanto su franja central pertenece al alta mar.

El problema surge sólo cuando la anchura máxima del estrecho es igual o inferior al doble de la del mar territorial; se agudiza especialmente si las dos orillas del estrecho pertenecen a la misma potencia como, por ejemplo, el Bósforo y

Recién el 1-12-1969, EE.UU. y URSS propusieron a la AG de la ONU la convocatoria de una conferencia internacional que reglamentara el paso por los estrechos internacionales.

Los canales internacionales son vías de comunicación artificiales: si unen dos ríos o un río con el mar, en principio, son vías acuáticas interiores, nacionales. Pero si ponen en comunicación dos mares, son canales marítimos que pueden ser abiertos ya por el Estado, ya por una empresa privada con la autorización del Estado territorial.¹⁹

Régimen actual. El régimen de los estrechos y canales internacionales varió en la convención del mar de 1982, la que estableció regímenes diferenciados para las distintas clases de estrechos y canales: el de paso de tránsito, el de paso inocente, el de libertad de navegación y sobrevuelo y el de respeto a los regímenes convencionales de larga data y aún vigentes. La presión de las superpotencias se hizo sentir en el primero de éstos regímenes, que comprende a los de mayor interés estratégico, sustituyendo para ellos el régimen tradicional de paso inocente por el nuevo de paso en tránsito. El paso de tránsito se aplica a los estrechos destinados a la navegación internacional entre una parte de alta mar o de ZEE y otra parte de alta mar o de una ZEE (art. 37), por ejemplo Gibraltar.

El paso inocente se aplica a los estrechos formados por una isla de un Estado ribereño, de un estrecho y su territorio continental cuando

Dardanelos. En este caso el d.i. impone la libertad de paso. La ampliación de la anchura del mar territorial aumentaría el número de los estrechos internacionales.

Hasta ahora no existen normas de d.i. común, universal, aplicables a todos los estrechos; cada uno de ellos tiene un status distinto, convencional. Aquí se manifiesta uno de los rasgos específicos del d.i., que además de las normas generales, abarca numerosas normas particulares.

¹⁹ Antes de Montegobay se podían dar dos situaciones con respecto a los estrechos: a) A falta de tratado, el canal queda sometido a la soberanía territorial del Estado que puede negar, a su arbitrio, la autorización para el paso, fijar las tasas, conceder favores a determinados Estados en tiempo de guerra, puede adoptar las medidas defensivas que juzgue oportunas. Un canal de este tipo puede ser teatro de hostilidades. Tal es, por ejemplo, el *status* del canal de Corinto, que une el mar Jónico con el mar Egeo; y del canal de Gota en Suecia central, entre Estocolmo y Goteburgo, que une el Báltico con el Skagerrak. b) Los canales mayores están sometidos convencionalmente, a un régimen de internacionalización, que no sustrae el canal a la competencia del Estado ribereño sino tan sólo le impone ciertas obligaciones para facilitar el paso de los navíos extranjeros. En esta situación se encuentran los canales de Panamá, Kiel y Suez.

del otro lado de la isla haya alta mar o una ZEE, por ejemplo el Estrecho de Corfú (art. 45 y 38); también se aplica a los estrechos ubicados entre una parte de alta mar o de una ZEE y el mar territorial de otro Estado, como el Estrecho de Tirán (art. 45, 1b), además es el que rige para el mar territorial. El artículo 36 se aplica a los casos en que un estrecho no esté cubierto en su totalidad por el mar territorial de uno o dos Estados.

Los estrechos regulados total o parcialmente por antiguas convenciones internacionales aún vigentes están contemplados en el art. 35 como es el caso de los estrechos Turcos. (Tratado de Montreux de 1936).

En definitiva se trata de un tema que no refleja al d.i. consuetudinario, el régimen de paso en tránsito no es oponible a los Estados ribereños de los estrechos de los Estados que no sean partes de la Convención. Téngase en cuenta que para la CIJ una norma convencional sólo se transforma en consuetudinaria cuando participan los Estados particularmente interesados, los que tienen estrechos o canales a los cuales aplicar la norma. No basta con que la participación en la convención sea amplia y representativa. Por otra parte la costumbre que pudiere nacer de la norma consuetudinaria no obliga a los Estados que se hayan opuesto a ella en el período de formación. Por ejemplo España respecto de Gibraltar.²⁰

B. Estrechos

a) *Estrecho de Magallanes*. El tratado argentino-chileno de 1881 garantiza la libertad de paso por el estrecho de Magallanes para todos los Estados y prohíbe la fortificación de las orillas del estrecho e implanta su neutralización en tiempo de guerra. En 1914 Chile construyó algunas fortificaciones en las orillas del estrecho. A la protesta argentina contestó que no tenía propósito de violar el tratado. Sin embargo, las normas convencionales de 1881 no han sido estrictamente respetadas durante las dos guerras mundiales.

b) *Estrecho de Tirán*. A pesar de una enérgica oposición de los Estados árabes, Israel consiguió una salida al golfo de Acaba. Este se

²⁰ Ver interacción entre costumbres y tratados.

comunica con el Mar Rojo por el estrecho de Tirán, cuyo canal navegable atraviesa las aguas territoriales egipcias.²¹

C. Canales

a) Canal de Panamá. El canal de Panamá fue abierto en la zona que Panamá concedió a los EE.UU., por cien años.

El Estatuto de la zona descansa en el tratado Hay-Bunau-Varilla, de 1903, entre EE.UU. y la República de Panamá, que se concluyó al terminar la insurrección de inspiración estadounidense de la provincia colombiana de Panamá contra el gobierno central de Colombia (3 de noviembre de 1903). EE.UU., que había favorecido política y militarmente la secesión de nuevo Estado, obtuvo de él la concesión de la zona del canal.²² De acuerdo al tratado Hay-Pauncefete, firmado en 1901 por los EE.UU. y Gran Bretaña, fueron aplicados al canal de Panamá los principios en vigor para el canal de Suez. El canal debe ser abierto a los barcos mercantes y de guerra de todos los Estados en pie de igualdad. El tratado Hay-Bunau-Varilla se refiere al mencionado tratado de 1901.

El status del canal de Panamá no se basa, como el del canal de Suez, en un tratado plurilateral, sino en dos tratados bilaterales que no contienen cláusula de adhesión. Los EE.UU., con arreglo al artículo 23 del tratado de 1903, puede fortificar el canal, lo que efectivamente ha hecho, estableciendo en aquella zona poderosas bases navales y aéreas.

La República de Panamá rechazó en 1926 un nuevo tratado que aumentaba considerablemente la influencia de EE.UU. sobre el país.

²¹ Desde la invasión anglo-franco-israelí contra Egipto, quedaron en la costa egipcia del estrecho observadores de la ONU. En la víspera de la "Guerra de 6 días", el Secretario General los retiró, a pedido de Nasser, sin consultar al CS ni a la AG y ni siquiera comunicarles esta decisión. La RAU cerró el estrecho para la navegación, lo que fue una de las principales causas de la nombrada guerra. Como desde la terminación de las hostilidades toda la península de Sinaí quedó bajo la ocupación israelí, el paso por el estrecho de Tirán no encuentra ningún estorbo; pero no tiene solución convencional.

²² Como sistema de seguridad regional, el TIAR está vinculado a la ONU (Cap. VIII de la Carta). En el protocolo todavía se mantiene el acento en la organización regional, como lo propuso EE.UU. para la toma de decisiones en materia continental (art. 2).

Por lo tanto diez años más tarde los dos Estados concluyeron un nuevo tratado, en 1936, que deroga el artículo 23 del tratado de 1903, relativo a la garantía de la independencia de Panamá por EE.UU. Según el artículo 10, los dos gobiernos se comprometen a tomar de común acuerdo medidas de prevención y de defensa, en caso de conflicto internacional o de amenaza de agresión, que pongan en peligro la seguridad de la república o del canal.²³

Los acuerdos Torrijos Carter: En el ámbito americano se solucionó la cuestión del Canal de Panamá, que durante 74 años mantuvo tensas las relaciones entre esa República centroamericana y EE.UU. El 7 de septiembre de 1977 se firmaron en Washington²⁴ dos documentos que hacen a la cuestión:

- 1) Un tratado general sobre operación, mantenimiento y defensa del canal que expiará el 31 de diciembre de 1999, y se complementará con un acuerdo de ejecución, cuyo texto aún no fue dado a conocer;
- 2) Un pacto de neutralidad.

Por lo acordado se reconoció la soberanía de Panamá sobre la zona del Canal, aunque se reservó la operación, y defensa del Canal a EE.UU. hasta 1999. No obstante se graduó el traspaso de la administración de la zona a manos panameñas en períodos de cinco años en los cuales aumentará la participación de los panameños en dicha administración. También los panameños en números de cuatro integran la Junta directiva de la Comisión del Canal, junto a cinco norteamericanos. El administrador fue un norteamericano hasta 1990 y luego fue reemplazado por un panameño.²⁵

²³ Durante las dos guerras mundiales el canal de Panamá permaneció abierto para los beligerantes. Después de la entrada en guerra de EE.UU., se adoptaron nuevas normas mediante la declaración del 23-6-1917 y el acta de 15-6-1917, que facultaban al gobierno norteamericano para controlar los barcos que pasaran por el canal. Durante la segunda guerra mundial, desde fines de julio de 1940 los accesos al canal fueron minados y controlados. La marina norteamericana controlaba todo el movimiento de buques. También durante la guerra de Corea del 5-2-1951 fueron reforzadas las medidas de seguridad en el canal desde el 24-5-1951.

²⁴ La firma de los acuerdos sobre el Canal de Panamá fue una verdadera fiesta para los países del continente. En la ceremonia acompañaron a los presidentes Torrijos y Carter catorce mandatarios latinoamericanos.

²⁵ Por el acuerdo general, Panamá como país soberano otorgará a EE.UU. mientras dure el tratado, el uso de las tierras y aguas necesarias para la operación, mantenimiento y defensa de la vida acuática, percibe un promedio de 80 millones de dólares anuales por la operación con más diez millones anuales por los servicios públicos que presta. Además recibe ochenta y dos millones de dólares por la infraestructura y 345 millones provenientes de cooperación para el desarrollo

El Pacto de neutralidad será de duración indefinida y lleva anexo un protocolo que será depositado en la Secretaría de la OEA pero para la adhesión de todos los países del mundo. Por él, los adherentes reconocen, el régimen de neutralidad permanente establecido en el tratado y convienen en observar y respetar ese régimen de neutralidad tanto en tiempo de paz como de guerra, aseguran que las naves de su registro cumplan estrictamente las reglas aplicables. Los EE.UU. serán garantes por tiempo indefinido de la neutralidad del Canal. En caso de emergencia EE.UU. y Panamá tendrán el llamado derecho de paso expedito, la prioridad en el uso del Canal para sus propios buques de guerra y para transportar carga estratégica a través de él.

Le tocó a Carter la tarea de convencer al Congreso norteamericano de la conveniencia de ratificar el convenio como demostración del cambio de actitud de ese país frente a sus hermanos del continente.

De conformidad con el tratado, los EE.UU. devolverán el canal a Panamá el 31 de diciembre de 1999.

b) *Canal de Suez.* El canal de Suez, que permitió la comunicación directa del Mar Mediterráneo con el Rojo, fue construido durante el vasallaje nominal de Turquía sobre Egipto, por una compañía privada, dirigida por Fernand Lesseps. Según la concesión, el canal debía quedar en pie de igualdad para todos los barcos, principio que fue confirmado en 1866 y 1877 por Turquía. La concesión, otorgada por 99 años, expiraba a fines de 1968. La primera reglamentación internacional de la explotación del canal tuvo lugar con el convenio de Constantinopla de 1888.

Después de las vicisitudes de la Primera Guerra Mundial, el régimen de 1888 se reimplantó por los tratados de Versalles (art. 152 y 289) y de Lausana (art. 99).

En 1954 fueron evacuadas las fuerzas británicas de la zona del canal, y por la ley egipcia de 26-7-1956, fue nacionalizada la Compañía Universal del Canal, transfiriéndose a Egipto todos sus bienes y derechos. Esto provocó la intervención militar franco-británica el 6-11-1956 que fracasó.

El Cairo rechazó las propuestas de arreglo aprobadas por la Conferencia de Londres el 22-8-1956.

Durante la guerra de 1967, las tropas israelíes llegaron hasta la línea del canal que quedó cerrado para la navegación. Actualmente existen enormes petroleros, cuyo calado les impide el paso por el canal de Suez, por lo que ha disminuido la utilización del canal.

c) Canal de Kiel. El canal de Kiel hasta 1919 fue una vía interior del Imperio alemán, pero ha sido internacionalizada por el tratado de Versalles en 1919 (arts. 380 a 386). Tuvo que ser abierto, en pie de igualdad, a todos los barcos, mercantes y de guerra, de todas las naciones en paz con Alemania. Las tasas, iguales para todos, debían ser equitativas; fue estipulada la destrucción de las fortificaciones existentes en la zona vecina al canal y la prohibición de levantar otras nuevas.²⁶

El gobierno alemán denunció estas normas internacionales en 1936 junto con todas las cláusulas fluviales de los tratados de paz; a partir del comienzo de 1937, el paso de los barcos de guerra extranjeros necesitaba una autorización previa. El régimen del tratado de Versalles fue restablecido en 1945.

64. Alta mar, plataforma continental y fondos marinos

La condición jurídica del alta mar fue objeto de tres convenciones, firmadas en Ginebra en 1958: la convención sobre alta mar, que abarca las normas relativas a la jurisdicción y el acceso y las convenciones sobre Plataforma Submarina y sobre Pesca y Conservación de los recursos vivos de alta mar, que reglamentan la explotación de los recursos económicos.

La convención de Montego-Bay redujo substancialmente el ámbito espacial del alta mar, que comprende: “todas las partes del mar no incluidas en la ZEE, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico” (artículo 86).

La libertad del alta mar (art. 87) comprende: 1) La libertad de navegación; 2) Sobrevuelo; tendido de cables y tuberías submarinas; 3) Construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el d.i.; 4) Libertad de pesca y 5) Investigación Científica.²⁷

²⁶ Véase la sentencia en el caso *Wimbledon*.

²⁷ El principio fundamental de la libertad de alta mar es contrario a la concepción romana. Esta última prevaleció en la edad media: ciertos Estados marítimos pretendían en aquel entonces gobernar mares. Venecia controlaba el mar Adriático, en cuyo ámbito imponía tributos bajo el pretexto de la vigilancia y represión de la piratería. Inglaterra pretendía el dominio de los mares, en consideración a su posición insular, que le posibilitaba el control de las aguas saladas en todo el mundo, como una prolongación del territorio británico y de sus vías naturales de acceso.

1) La libertad de navegación alcanza a todos los Estados ribereños o sin litoral, los buques que enarbolan el pabellón de un Estado se rigen por la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, que es el que además determina la nacionalidad del buque.

2) El mismo criterio se aplica para la libertad de sobrevuelo.

3) Las islas artificiales no gozan de los derechos que la convención le reconoce a las islas naturales. Se define a la isla como una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar. La Convención le reconoce el derecho a tener mar territorial, zona contigua, ZEE y plataforma continental (artículo 121).

4) La libertad de pesca está contemplada en los artículos 87 y 116 que imponen el deber de acordar las medidas necesarias para la conservación de los recursos vivos en el alta mar.

5) El régimen en materia de investigación científica es el de la libertad. La limitación que se impone surge del artículo 88 que limita la utilización del alta mar a fines pacíficos.

A. Acceso

Según la convención sobre alta mar, se entenderá por "alta mar" la parte del mar que no pertenece al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado (art. 1º).

El alta mar es abierto a todas las naciones; la libertad del alta mar abarca la libertad de navegación,²⁸ de sobrevuelo, de pesca y de tender cables y tuberías submarinas.

²⁸ Al comprobarse, en octubre de 1962, que la URSS estaba instalando en Cuba dispositivos para lanzamiento de cohetes, EE.UU. implantó la "cuarentena" de la isla, que fue avalada por el Consejo de la OEA el 23-10-1962. Este último "recomendó a los Estados miembros, de conformidad con los artículos 6 y 8 del TIAR, que adopten todas las medidas individuales y colectivas, inclusive el empleo de la fuerza armada, que consideren necesarias para asegurar que el gobierno de Cuba no pueda continuar recibiendo de las potencias chino-soviéticas pertrechos y suministros militares que amenacen la paz y la seguridad del Continente, y para impedir que los proyectiles en Cuba, con capacidad ofensiva, se conviertan en cualquier momento en una amenaza activa contra la paz y la seguridad del Continente". Las fuerzas navales y aeronavales estadounidenses, con la participación de las argentinas y las dominicanas se encargaron de la ejecución de la citada decisión, controlando desde el aire

Ahora gozan de la libertad de alta mar los Estados que carecen de costa marítima, como Paraguay o Bolivia, a través de los puertos de los Estados vecinos. Los Estados que los separen del mar, deben concederles el derecho de entrada a sus puertos marinos, y su utilización, en las mismas condiciones que a sus propias naves. Esta norma (art. 39 de la convención sobre el alta mar), fue aceptada por la declaración de Barcelona, en 1921. De los dos Estados mediterráneos de nuestro continente, Paraguay tiene libre acceso al mar por un río internacionalizado, el Paraná, y Bolivia recibió en 1970, por vía convencional, el acceso al puerto argentino de Rosario.²⁹ Sin embargo, Bolivia sigue reclamando enérgicamente la salida directa del océano Pacífico, lo que causa una prolongada tensión con Chile.

En virtud del tratado de paz de Versalles, Checoslovaquia recibió, en 1919, la libre salida al mar por el puerto alemán de Bremen. Suiza no tiene acceso al mar por determinado puerto, sus barcos se matriculan en Sete, en Savona o en Lisboa. Desde 1951, existe el pabellón de la Ciudad del Vaticano.

B. Naturaleza

Como el mar no pertenece a ningún Estado, se plantea la cuestión de saber si es una *res nullius*, una *res communis* o una *res nullius communis usus*.³⁰

los buques soviéticos y los fletados por la URSS que navegaban hacia Cuba; algunos de ellos (probablemente los que transportaban cohetes) volvieron a la URSS, para evitar el enfrentamiento, que podría conducir a la tercera guerra mundial. La URSS, Cuba y algunos otros Estados protestaron contra la "cuarentena", considerándola violatoria del principio de la libertad del alta mar. La cuestión que se planteó en aquel entonces fue de saber si este principio, propio del derecho de la paz, resultaba plenamente aplicable en el Estado intermedio entre la paz y la guerra, concepto que será aclarado en el N° 118 C. El caso citado está analizado por Halajczuk en sus dos obras presentadas en el Encuentro Internacional de Ciencia Política en la Universidad Nacional de Rosario (23/27-8-1971) y en las Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales en la Universidad de Belgrano (29/31-10-1971).

²⁹ El canje de los instrumentos de ratificación se efectuó en La Paz en julio de 1970. Cabe agregar que Bolivia y Paraguay votaron en contra de la "Declaración de los Estados latinoamericanos sobre el derecho del mar", en Lima el 9-8-1970.

³⁰ A la primera opinión se inclina Rousseau (1966, par. 562) y a la segunda Verdross (1963, p. 232).

Si el mar fuera una *res communis* quedaría sometido a la soberanía común de los Estados, y si fuera una *res nullius* se explicaría la navegación pacífica, pero no la guerra marítima. Cuando ésta se desarrolla en alta mar, daña los intereses de los neutrales, y sin embargo el alta mar es, de hecho y de derecho, teatro de hostilidades. Por la misma razón tampoco podría utilizarse para la experimentación de proyectiles teledirigidos.

Algunos autores sacan de allí la conclusión de que el alta mar es una *res nullius*, porque los Estados sólo ejercen en ella una competencia defensiva y una competencia personal relativa a sus súbditos y a los barcos que llevan su bandera, y todos los barcos están sometidos al derecho del Estado cuyo pabellón enarbolan legalmente. Pero como todos los Estados ejercen sus competencias simultáneamente sobre sus respectivos buques, puede concluirse también que el mar es una *res communis*.

C. Jurisdicción

El d.i. deja a la legislación interna de los Estados la facultad de determinar las condiciones para la adquisición de nacionalidad del barco por medio de la inscripción en el correspondiente registro.³¹ La nacionalidad implica el derecho a la bandera del respectivo Estado. El Estado ha de ejercer efectivamente su jurisdicción y su autoridad sobre los buques que enarbolan su pabellón, desde el punto de vista administrativo, técnico y social.³² No se admite la nacionalidad ficticia.

Los buques que están al servicio oficial de una organización intergubernamental pueden enarbolar la bandera de la misma.

Los buques de guerra como también otros buques *públicos que* navegan en alta mar gozarán de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su bandera.

O sea que el principio general es el de la sumisión del buque en alta mar a la jurisdicción exclusiva del Estado del Pabellón.

Los casos de excepción a este principio son: el régimen de abordaje y los casos de ejercicio de policía en el alta mar como transporte de

³¹ No se consideran buques los hidroaviones; tampoco islas flotantes de ciertos tipos.

³² La Corte Suprema de la República Argentina asimiló los buques en alta mar al territorio, en 1926, en el caso de Wilhelm Wolthuseb (t. 145, p. 402). Ruiz Moreno cita la fundamentación del fallo y lo somete análisis y crítica (1970, ps. 32, 35).

esclavos, piratería, transmisiones no autorizadas y derecho de persecución. El abordaje está previsto en el art. 97 y se refiere a cualquier incidente de la navegación que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán del barco o para cualquier otra persona al servicio del mismo. En el caso del *Lotus* se aceptó que un tribunal turco tuviese jurisdicción contra el capitán de nacionalidad francesa de un buque francés que chocó en alta mar con un buque turco.³³

En cuanto al transporte de esclavos se concede a los buques de guerra o aeronaves militares el derecho de visita cuando haya motivo razonable para sospechar que otro buque incurre en ese delito internacional (art. 110).

La piratería está regulada en los arts. 101 y siguientes de la Convención del 82, reconociéndosele a todos los buques de guerra o aeronaves militares el derecho a apresar a un buque o aeronave pirata a consecuencia de actos de piratería. La convención regula la piratería como un delito contra el derecho de gentes.

La prohibición de la piratería es de origen consuetudinario; los demás delitos son de origen convencional. Sobre trata de negros están los tratados de 1890, 1926, 1939 y 1956; sobre daño a los cables, el de 1884, al cual el convenio de 1958 (art. 24) asimiló las tuberías submarinas. La actual convención obliga a los Estados a tomar medidas contra la contaminación del mar, por barcos petroleros y tuberías.

Se consideran buques y aviones piratas los destinados por las personas que se apoderaron de ellos para cometer cualquier acto de violencia, o los buques y aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos, mientras se encuentren bajo el mando efectivo de las personas culpables (art. 103).

Todos los Estados deben cooperar en la represión de la piratería. Los buques o aviones públicos de cualquier Estado pueden apresar en alta mar a un buque o a una aeronave pirata, o a un buque capturado que se halle en poder de piratas. Los tribunales del Estado que haya efectuado la presa podrán dictar las penas que deban imponerse y las medidas que haya que tomar respecto de los buques, las aeronaves y los bienes (art. 105).

La piratería, implica la ruptura de los vínculos con una soberanía determinada y su existencia al margen de la sociedad legal. De tal modo pueden distinguirse en la piratería dos rasgos: una actividad delincuen-

³³ CPJI, Serie A, N° 9, 1927.

te, motivada por el afán de lucro, y la ausencia de bandera. El segundo elemento queda subordinado al primero: es por su carácter delincuente que los piratas deben situarse fuera de la organización estatal. Sin embargo ocurre a veces que un gobierno pasa por alto esta jerarquía de los elementos y la dependencia entre ellos, y califica de piratas a las personas por el sólo hecho de haber quitado la bandera al barco en que ellas navegan. Ocurre también que altera el contenido del segundo elemento, sustituyendo el afán de lucro por motivos de orden político.

Con fines de represión penal, los gobiernos califican a veces, de piratería las insurrecciones o motines navales. Tal fue la actitud adoptada por Rusia ante la insurrección política del acorazado Potemkin en 1905, y por el gobierno republicano español, en relación con los barcos de guerra que se plegaron a la revolución encabezada por el general Franco. Por lo general los gobiernos de los terceros Estados no hacen caso de esta clase de calificaciones. Tampoco correspondió a la figura delictiva de piratería la captura, por elementos revolucionarios, de los buques portugueses Santa María y Anzoátegui, en 1961 y 1963, respectivamente.

Otra modalidad de represión de la delincuencia contra un buque extranjero es la llamada "persecución caliente" (*hot pursuit*, en inglés); de acuerdo al art. 111 los buques de guerra o aeronaves militares o buques o aeronaves al servicio del gobierno podrán perseguir en alta mar a un buque extranjero, cuando tenga motivos fundados para creer que ha cometido una infracción de sus leyes o reglamentos. La persecución habrá de empezar mientras el buque extranjero o una de sus lanchas se encuentre en las aguas interiores, o en el mar territorial, o en la zona contigua respectiva; si empieza allí, podrá continuar fuera del mar territorial, o de la zona contigua a condición de que no se haya interrumpido hasta el momento en que el buque perseguido entre al mar territorial de su país o de una tercera potencia.³⁴

D. Plataforma continental

El concepto de plataforma continental se disoció progresivamente

³⁴ EE.UU. recurrió a esta medida con frecuencia para la persecución del contrabando de bebidas alcohólicas, en la época de la prohibición, en virtud de una serie de tratados bilaterales. En aquel entonces, en 1929, se produjo el caso célebre del hundimiento del buque *I'm Alone*. Véase N° 62 C. El art. 33 de la Convención de Ginebra (58) recepcionó la norma

del de los recursos pesqueros, limitándose únicamente a los recursos del suelo y subsuelo. Su regulación está comprendida en la parte VI de la Convención de 1982 y su régimen varía también substancialmente respecto de la Convención anterior. Durante la Tercera Conferencia del Mar se tuvo en cuenta la existencia de dos categorías de Estados los que no poseen plataforma continental en sentido geológico, y los Estados con plataforma amplia superior a las 200 millas como Argentina, Australia, Canadá, India, y otros. El artículo 76 establece que la plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.³⁵

El derecho de soberanía que se reconoce es a los efectos de la exploración y explotación de los recursos naturales.

Cabe advertir que en la anchura máxima de esta zona o sea 200 millas se da una superposición de regímenes: el de la ZEE y el de la plataforma continental. En cuanto a la *plataforma amplia* que es la que geológicamente se extiende más allá de las 200 millas y llega hasta el borde de la fosa abisal, el artículo 76 define al margen continental como la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño, luego la misma norma contiene las reglas técnicas para establecer el borde exterior de dicho mar.

La delimitación de la plataforma continental entre Estados con

³⁵ De los cuatro Convenios firmados en Ginebra en 1958, uno está dedicado a la pesca y la conservación de los recursos biológicos en alta mar y, otro, a la plataforma continental. Este último se limita, en su art. 2º, párr. 4, a los minerales y otros recursos no vivientes, a los organismos vivientes sedentarios, o sea los inmóviles (como las esponjas), y a los que pueden moverse únicamente en contacto físico con el suelo (arrastrándose).

Pero algunos Estados siguen asociando los recursos pesqueros con la plataforma continental: además de la Argentina, dos países americanos, Nicaragua y Panamá, y tres no americanos. Camboya, Corea y Túnez. Como en 1936 los pescadores japoneses pescaban salmón en el norte de Alaska, el 28-9-1945, EE.UU. extendió la reglamentación de la pesca en la plataforma continental, mas allá de las aguas territoriales.

costas adyacentes o situadas frente a frente esta regulada en el artículo 83.

Decíamos en las anteriores ediciones del libro, en 1972 y 1978 que teniendo en vista el rápido avance tecnológico, puede llegar el momento en que el límite vertical de 200 metros sea tan anacrónico, como el límite horizontal de aguas territoriales de 3 millas. ¿Cuál sería el límite adecuado, para un porvenir previsible? En 1958, faltaban datos correctos que permitiesen contestar esta cuestión, por lo tanto la conferencia simplemente postergó la solución.³⁷ Allí se tuvo a disposición un estudio que sugiere, aunque no lo dice explícitamente, que el límite de 200 metros sería suficiente para la exploración y explotación de los recursos minerales durante 20 años, o sea hasta 1978.³⁸ La nueva Convención de 1982 regula el concepto moderno de plataforma continental.

Las competencias del Estado ribereño se limitan al suelo y subsuelo, sin abarcar las aguas ni el aire suprayacentes; Por lo tanto no puede prohibir ni dificultar la navegación, la pesca ni el tendido de los cables o las tuberías submarinas. Tiene el derecho de construir y hacer funcionar instalaciones necesarias para la investigación y explotación de los recursos naturales de la plataforma submarina, pero no en lugares esenciales para la navegación. Estas instalaciones no tendrán la condición de islas; por lo tanto carecerán de un mar territorial propio y no tendrán ninguna repercusión sobre la extensión de esta franja del mar (art. 77).

Los procedimientos para la delimitación de la plataforma continental entre distintos Estados: Si no lo establecen por un tratado, deben aplicar el principio de equidistancia, partiendo de las líneas de delimitación entre sus respectivas aguas territoriales. Si no llegan a un acuerdo, deben elevar el litigio a la CIJ o someterlo al arbitraje.³⁹

³⁶ Embajador José María Ruda (subsecretario de Estado del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Argentina, miembro de la Comisión de d.i. de la ONU): *El límite exterior de la plataforma continental*. Trabajo presentado a la Conferencia sobre problemas del d.i. del hemisferio occidental organizada por la *New School for Social Research*, N. York, 1971, p. 38.

³⁷ Véase Burke, 1967, p. 205.

³⁸ Y sin embargo ya en 1966 podían llevarse a cabo perforaciones a una profundidad de 12.000 pies: la extracción del petróleo y gas era técnicamente factible —aunque no económicamente rentable— en la profundidad de 1000 pies. Ante tal vertiginoso progreso tecnológico y hasta económico, resulta previsible su reforma y adecuación.

³⁹ Mientras el convenio de Ginebra de 1958 proporciona una solución normativa, abstracta, a los problemas que plantean las plataformas continentales en general,

Mar Epicontinental. Por el decreto 14.708, la Argentina estableció, el 11-11-1946, su soberanía no solamente sobre la plataforma submarina (hasta la profundidad de 200 metros), sino también sobre el "mar epicontinental", superyacente sobre la plataforma. Las competencias sobre la plataforma han sido confirmadas por el d.i. convencional ulteriormente, en 1958, pero no así sobre el mar epicontinental, que quedó excluido expresamente de las competencias del Estado costero, por el art. 39 del Convenio de 1958.⁴⁰

Según destaca Kunz, fue la Argentina quien introdujo el concepto de mar epicontinental en la ciencia jurídica.⁴¹

E. Pesca

Las consideraciones de la convención sobre pesca y conservación de los recursos vivos de alta mar exponen las tareas que enfrenta el d.i. en este campo. El desarrollo de la técnica moderna en materia de pesca y las crecientes necesidades alimenticias de la población mundial, han expuesto algunas especies animales al peligro de extinción. La naturaleza de los problemas que suscita la conservación de los recursos pesqueros impone la necesidad de cooperación internacional, mediante

algunas plataformas encontraron soluciones concretas, siendo delimitadas por tratados bilaterales, entre los respectivos Estados costeros.

La mayoría de los países interesados adoptaron un método de reglamentación unilateral de sus plataformas continentales. Estados Unidos estableció por la declaración presidencial de 28-9-1945 la jurisdicción nacional sobre los recursos naturales del subsuelo y del lecho del mar contiguo a la costa nacional, más allá del límite de las tres millas.

⁴⁰ Según Puig, es indudable la vigencia de este decreto. El citado autor somete el problema de la vigencia a un detenido análisis, distinguiendo el aspecto dinámico formal y el sustancial. No se aplicó en la práctica el nombrado decreto, porque los pesqueros extranjeros eran tan escasos en el mar epicontinental que no se justificaba el control naval; no hubo ningún intento de explotación extranjera de la plataforma continental argentina. Véase Puig, 1970, ps. 171, 178 y 230.

⁴¹ Véase Kunz, op. cit., 1956, p. 833. Como ya se dijo, también el concepto de mar epicontinental, con sus proyecciones normativas, es creación argentina. Durante la segunda conferencia de Ginebra sobre el derecho del mar en 1960, la Argentina se convirtió en portavoz de todos aquellos países que, de una forma u otra, deseaban extender su competencia pesquera más allá de las 12 millas. Especialmente el presidente de la delegación argentina, Dr. Luis María de Pablo Pardo, hizo importantes aportaciones doctrinales.

la acción concertada de todos los Estados interesados, en la solución de este problema vital.

Pero al lado del interés de la humanidad, aquí expuesto, existen intereses nacionales, divergentes en gran medida que hemos aludido, esquemáticamente, en la parte inicial de la presente sección. Hay Estados con grandes reservas de pesca y otras riquezas marinas, y otros Estados tienen numerosas flotillas pesqueras.

Entre los Estados con grandes flotillas pesqueras se distinguen dos subcategorías. Por un lado los países como Noruega o Japón. El otro grupo de Estados lo integran países menos desarrollados con enormes riquezas pesqueras.⁴²

En materia de pesca marítima hay tres sistemas normativos posibles. Por regla general, la pesca en alta mar sólo se halla sometida al control de la autoridad nacional. Este principio ha sido admitido por el laudo arbitral de 1883, en el asunto de las *focas del mar de Ighenig*. Pero, como la aplicación de ese principio hubiera provocado litigios, los árbitros establecieron, para el futuro, una reglamentación de la pesca, según las siguientes normas: 1º) atribuir la competencia de policía, comprobación de las infracciones a los buques públicos del mismo pabellón del barco infractor, en lo relativo a la observancia de las reglas referentes a la pesca; 2º) atribuir a los buques públicos de cualquier Estado interesado la vigilancia sobre el respeto de las reglas relativas al lugar y época de la pesca. Reservan la competencia jurisdiccional a los tribunales del Estado del que depende el barco perseguido. Argentina reglamentó la pesca por ley 17.500 de 1967.

En muchos casos, los Estados limítrofes establecen por vía convencional normas bilaterales. Se han celebrado muchos tratados de esta índole.

Peró también hay casos de reglamentación plurilateral: generalmente son reglamentaciones regionales que no afectan más que a una

⁴² Para preservar sus riquezas marinas contra el exterminio, los dos mencionados Estados extendieron las zonas de su jurisdicción en materia de pesca, lo que causó graves litigios entre Islandia y Gran Bretaña por un lado, y entre Perú y Estados Unidos por el otro. Igual litigio estalló entre Brasil y Francia, cuyos nacionales pescan langostas en aguas brasileñas. La Argentina tuvo que enfrentarse tan sólo con la URSS, cuyos pesqueros, superiores técnicamente a los nuestros, pescaban en las inmediaciones de Mar del Plata, utilizando explosivos y poniendo en serio peligro nuestras reservas. Pero cuando la Argentina extendió, en 1966, su soberanía sobre las nombradas reservas hasta 200 millas, la URSS las observó.

sola zona marítima determinada. A veces, la reglamentación se refiere a la pesca o la caza de una determinada especie animal. Ahora ya existen también normas universales y la Convención del Mar firmada en Montego Bay en 1982.

Por este convenio (art. 119) se impone a los Estados la obligación de adoptar, en colaboración con otros Estados, las medidas que en relación con sus respectivas naciones, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos vivos de alta mar. Por conservación de los recursos vivos de alta mar, se entiende el conjunto de medidas que permitan obtener un rendimiento óptimo constante de estos recursos, de tal manera que el abastecimiento de alimentos y de otros productos marinos se eleva al máximo (art. 117). Para ello en su art. 119 la Convención de 1982 permite y exige el recurso a los datos científicos más fidedignos.

El Estado, cuyos nacionales se dedican a la pesca de cualquier especie de peces y otros animales marinos (cetáceos, crustáceos) en una zona cualquiera de alta mar, donde no pesquen los nacionales de otros Estados, deberá dictar medidas obligatorias para las embarcaciones pesqueras, que enarbolan su pabellón (sea cual fuere la nacionalidad de los tripulantes) necesarias para la conservación de los recursos vivos afectados. Si los nacionales de dos o más Estados se dedican a pescar la misma especie en cualquier zona o zonas de alta mar, dichos Estados entablarán negociaciones con objeto de adoptar, de común acuerdo, medidas por un acuerdo bi o multilateral. La convención universal se remite a la legislación nacional y a los convenios particulares.

El art. 116 de la Convención de 1982 regula los derechos de pesca en alta mar subordinando ese derecho a ciertas obligaciones establecidas en la misma Convención o que surgen de otros acuerdos o tratados internacionales. En ese marco deberá tenerse en cuenta la situación especial que presentan los Estados ribereños. Las limitaciones están dadas por el deber de adoptar medidas para la conservación de los recursos vivos de alta mar en relación con sus nacionales, a la que ya hemos hecho referencia. Otra imposición es el deber de cooperar descrito en el art. 118 que se complementa con las disposiciones sobre conservación de los recursos vivos de alta mar previstas en el art. 119.

En el art. 116 la Convención distingue a los Estados costeros de otros. Reconoce 1) al Estado ribereño un interés especial en el mantenimiento de la productividad de los recursos vivos en las zonas de alta mar adyacentes a su mar territorial; 2) la facultad de participar, en condiciones de igualdad, en investigaciones, y 3) la reglamentación,

relativa a la conservación de los recursos en dicha zona, inclusive si sus nacionales no pescan allí. A su requerimiento todos los Estados, cuyos nacionales se dedican a la pesca en la mencionada zona, deben entablar negociaciones con el objeto de adoptar de común acuerdo las medidas necesarias para la conservación de los recursos vivos en esa zona.

El Estado, cuyos nacionales se dediquen a la pesca en la referida zona, no pondrá en vigor ninguna medida de conservación en dicha zona, incompatible con aquellas que haya adoptado el Estado ribereño.⁴³

F. Fondos marinos

a) *Los fondos marinos.* La zona internacional de los fondos marinos está comprendida por el lecho del mar y el fondo del océano más allá de los límites de la jurisdicción nacional. Dicha zona no es susceptible de apropiación por ningún Estado y constituye un *patrimonio común de la humanidad*. La exploración de la zona se efectuará de acuerdo con los propósitos y principios de la carta de las NU; su explotación se debe llevar a cabo en interés de toda la humanidad, tomando en cuenta especialmente las necesidades de los países en vías de desarrollo. La zona está reservada exclusivamente para fines pacíficos. Estos principios están contenidos en la Resolución 2749 (XXV).

Respecto al derecho de los Estados ribereños, se dispone que las actividades en la zona, en lo que respeta a recursos situados en la misma que atraviesen los límites de la jurisdicción nacional se llevarán a cabo teniendo debidamente en cuenta los derechos e intereses legítimos de los Estados dentro de cuya jurisdicción se encuentran tales recursos (art. 142), y expresamente se declara que las disposiciones de esta convención en nada afectarán el estatuto jurídico de las aguas

⁴³ El Estado ribereño goza tan sólo de facultades muy reducidas en el alta mar adyacente a sus aguas territoriales, diríamos es el "primero entre sus pares". Cabe agregar, que en la Tercera Conferencia la delegación argentina reclamaba, además, un derecho preferente de la pesca. Preciso el contenido de este concepto el presidente de nuestra delegación a la conferencia de 1960, Dr. Luis María de Pablo Pardo: "El derecho preferente de pesca no significa que un Estado haya de *impedir* a otros que pesquen, sino que debe gozar de una *parte preferente* de la pesca y la explotación de las reservas de peces más allá del límite de las 12 millas, sobre todo cuando el desarrollo económico o la alimentación de la población dependen de esa pesca. La conferencia debe reconocer a los Estados ribereños un derecho preferente en las aguas donde éstos tengan un interés real o potencial".

suprayacentes y del espacio aéreo situado sobre esas aguas (art. 135).⁴⁴

La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos: Todos los Estados partes de la Convención son miembros de la Autoridad que establece su sede en Jamaica, y tiene por fin la administración y fiscalización de la zona y sus recursos en base al principio de la igualdad soberana de los Estados. Los órganos de la Autoridad son: la Asamblea, el Consejo, la Empresa y la Secretaría, cuya constitución, funciones y facultades se establecen meticulosamente en el texto del convenio.⁴⁵

b) *El sistema paralelo.* Teniendo en cuenta que la jurisdicción Nacional en materia de exploración y explotación de recursos llega hasta las 200 millas de la costa o hasta el borde exterior de la plataforma continental en el caso de una plataforma amplia resultó problemático definir el régimen a aplicarse en la zona internacional de los fondos marinos. La solución adoptada por la Convención fue la de

⁴⁴ Las actividades en la zona deberán efectuarse observando los siguientes principios: 1) deben realizarse para beneficio de toda la humanidad; 2) sólo pueden tener lugar con fines pacíficos; 3) deben promover un desarrollo sano de la economía mundial y un crecimiento equilibrado del comercio internacional; 4) deberán hacerse teniendo en cuenta un aprovechamiento ordenado y sin riesgos y la administración racional de la zona y sus recursos; 5) con miras a un beneficio óptimo para los productores y consumidores de materias primas; 6) deberán tener en cuenta la distribución equitativa de los beneficios obtenidos de esos recursos prestando especial consideración a los intereses y las necesidades de los países en desarrollo, ya sean ribereños o sin litoral; 7) la investigación científica se llevará a cabo bajo la coordinación de la Autoridad y en base a la cooperación internacional; 8) iguales medidas deberán adoptarse para la transmisión de tecnología y para la protección del medio marino y de la vida humana, ítems estos dos últimos que se complementan con las normas de d.i. ya vigentes y tornan ilícita toda actividad que atente contra el medio marino o la vida humana.

⁴⁵ La Asamblea está integrada por todos los miembros de la Autoridad, es el órgano supremo y da las directivas e instrucciones generales de la política a seguir. El Consejo está integrado por 36 miembros de la autoridad elegidos por la Asamblea. De ellos 12 representan a los de mayor consumo, inversión o producción; 18 son elegidos de conformidad con el principio de la representación geográfica equitativa y 6 con miras a representar intereses especiales. Es el órgano ejecutivo de la autoridad y de él depende una comisión de planeamiento y una comisión jurídica y técnica. En su constitución se da participación a los países de Europa Oriental y a los en vías de desarrollo. El órgano más interesante es la Empresa, ya que se ocupa de la preparación y ejecución de las actividades de la Autoridad en la zona, y para ello goza de personalidad jurídica internacional y capacidad legal para su desempeño. La Secretaría comprende un Secretario General y el personal que requiere la autoridad, entre los cuales quedan comprendidos los científicos y técnicos de la zona.

establecer un sistema paralelo según el cual la exploración y explotación se debía hacer a través de licencias otorgadas por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, o bien debían hacerse en forma directa y exclusiva por la Autoridad o a través de un sistema mixto. Para que el acceso a la zona sea real se dispone dotar a la empresa de la tecnología adecuada, consagrándose también el régimen del llamado Banking System o sistema de bancos. No debe dejar de tenerse en cuenta que el sistema paralelo fue propuesto como una cuestión transitoria por el propio Kissinger que sugería la revisión del sistema al cabo de 20 o 25 años (artículo 155).

La política de producción se contempla en el artículo 151 por el que se faculta a la Asamblea de la Autoridad a establecer un sistema de compensación u otras medidas de asistencia para ayuda a los países en desarrollo cuyos ingresos de exportación o cuya economía sufran serios perjuicios como resultados de la disminución del precio o del volumen exportado de un mineral a causa de actividades en la zona.

Posición de los EE.UU. respecto al régimen convencional. Los debates suscitados durante la conferencia demostraron las posiciones antagónicas existentes entre los Estados industrializados y el grupo de los 77. En el medio los Estados medianamente industrializados no tuvieron capacidad real de presión durante el transcurso del debate. La actitud en los EE.UU. en los momentos finales de la Conferencia dieron a entender que eran escasas las posibilidades de su participación en la convención, y en este caso peligraba toda la operatividad del sistema establecido en la convención que se basa en la participación de los Estados altamente industrializados porque pueden asegurar la eficacia del sistema paralelo y dotar a la empresa de los recursos tecnológicos y financieros que le permitan cumplir con sus actividades.

c) *Protección y preservación del medio marino.* En los artículos 192 a 237 del tratado se prevé el régimen de protección y preservación del medio marino, y se define la contaminación como la introducción por el hombre directa o indirectamente de sustancia o de energía en el medio marino, incluidos los estuarios que produzcan o puedan producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida marina, peligros para la salud humana y obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua del mar para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.

El principio básico de este régimen es el de la obligación de los Estados de proteger y preservar el medio marino. Este principio es de

ius cogens pues su fundamento se encuentra en el derecho inalienable del hombre al medio ambiente.

d) *La investigación científica marina.* Su régimen se adoptó en el artículo 240 del Tratado. En el artículo 246 se establece que el Estado ribereño tiene jurisdicción respecto de su mar territorial, ZEE y plataforma continental. Los Estados que peticionen al ribereño autorización deben proporcionarle la información que se establece en el artículo 248. Las controversias que se susciten se someterán al procedimiento de conciliación previsto en el anexo V. Este método puso de manifiesto la intención de favorecer los intereses y puntos de vista de los Estados ribereños en desarrollo.

e) *Solución de controversias.* En la convención de 1982 se prevé la obligación de recurrir a una Corte o Tribunal si la controversia no ha podido ser resuelta por otros medios. (artículo 286 que establece la jurisdicción obligatoria con carácter de principio.) El órgano jurisdiccional competente puede ser el Tribunal Internacional del Derecho del Mar creado por la convención, la CIJ, un tribunal arbitral según anexo VII y un Tribunal Arbitral especial según anexo VIII (artículo 287) pero además se consagra la libertad de los Estados para elegir uno o varios de estos foros.

Las limitaciones a la jurisdicción obligatoria se establece en el artículo 297 y en el 298 se regulan las excepciones facultativas a la jurisdicción obligatoria. Finalmente la obligatoriedad del recurso a la conciliación está prevista respecto a una serie de controversias.

G. Casos particulares

a) *Estados archipelágicos.* Por Estado archipelágico se entienden un Estado constituido totalmente por uno o varios archipiélagos, mientras que se entiende por archipiélago un grupo de islas estrechamente relacionadas entre sí. En la Tercera Conferencia se contempló la posibilidad de atribuir espacios marinos a los Estados archipelágicos, a partir de líneas de base rectas, cuyo trazado está sujeto a requisitos de carácter restrictivo (art. 47). A partir de la línea de base se miden los demás espacios marítimos, y las aguas encerradas por esas líneas se denominan aguas archipelágicas sujetas a la soberanía del Estado correspondiente. El régimen de navegación y sobrevuelo por las aguas

archipelágicas se asemeja al de paso en tránsito en los estrechos utilizados para la navegación internacional.

Los archipiélagos de Estado no gozan del mismo régimen, a consecuencia de la presión que ejercieron las potencias marítimas.

b) Países sin litoral. A este tema se refiere particularmente la Convención que establece las siguientes definiciones: “Estado sin litoral denota todo Estado que no tenga costa marítima”, y “Estado de tránsito es aquel que con o sin costa marítima está situado entre un Estado litoral y el mar, a través de cuyo territorio pasa el tráfico de tránsito”.⁴⁶ La Parte 10 de la Convención se ocupa de los derechos de estos países sin litoral o de tránsito. El régimen general es de carácter convencional (art. 125 inc. 2). El art. 126 excluye a estos acuerdos de la cláusula de la nación más favorecida.

La Tercera Conferencia fue la cumbre de la diplomacia multilateral.

No fue realizada por la Comisión de Derecho Internacional según lo usual. Según Consani fue un proceso de creación jurídica original e innovadora. Por sus dimensiones, 320 art. y 9 anexos, por su duración, por su innovación en los procedimientos, por las personalidades de alta calificación jurídica que actuaban como mediadores o iniciadores, la participación de grupos oficiales y oficiosos, por su carácter informal, por su concepto de globalidad y la noción de unicidad del acuerdo.⁴⁷

c) Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención del Mar, del 28-07-1994. Los cambios políticos y económicos operados a nivel mundial después de la caída del sistema bipolar, y los esfuerzos del Secretario General permitieron consensuar una fórmula para hacer posible la aplicación de la Parte XI “La Zona”, referida a la explotación de los fondos marinos, al funcionamiento de la autoridad, a la organización de la empresa y a la participación de los diversos grupos de países en las tareas de investigación, exploración y explotación. Se establece en forma expresa que las disposiciones de este acuerdo y de la parte XI deberán ser interpretadas y aplicadas en forma conjunta

⁴⁶ Véase Moya Domínguez, María Teresa “Estudio preliminar como aporte para la redacción del estatuto de los países sin litoral marítimo”, en Archivos do Ministerio da Justicia, junho 1975, POA, Brasil.

⁴⁷ Conclusiones del Centro de Investigaciones del Instituto de Relaciones Internacionales de la UNLP, dirigidos por el Dr. Norberto Consani.

en un solo instrumento y en caso de discrepancia prevalecerán las disposiciones del acuerdo. También se establece que los arts. 309 a 319 de la Convención se aplicarán a este acuerdo. Se permite un procedimiento simplificado para adherir al acuerdo (art. 5) y se prevé su aplicación provisional de no entrar en vigencia el 16-11-94, que es la fecha de vigencia de la Convención del Mar de 1982.⁴⁸

El acuerdo se aprobó luego de haber sido tratado en la 101ª sesión plenaria de la AG de la ONU que aprobó su contenido por la resolución 48/623 del año 1994.

⁴⁸ El acuerdo tiene un anexo subdividido en nueve secciones: La primera se refiere a los costos para los Estados partes relativos al funcionamiento de la autoridad, la que tendrá su propio presupuesto y en el período de transición sus gastos correrán a cargo del presupuesto de la ONU. La segunda se refiere a la empresa, y dispone que provisoriamente la Secretaría de la autoridad desempeñe sus funciones y llevará a cabo sus actividades iniciales de explotación minera de los Fondos marinos por medio de empresas conjuntas. La tercera fija la forma en que se deben adoptar las decisiones. La cuarta establece la misión y función de la conferencia de revisión de los párrafos 1, 3 y 4 del art. 155 de la Convención. La quinta regula la transferencia de tecnología, la sexta las políticas de producción y la séptima de la Asistencia económica. La octava establece disposiciones financieras de los contratos. La novena regula el Comité de Finanzas.

SECCIÓN XV

ESPACIO AÉREO Y ULTRATERRESTRE¹

65. El espacio aéreo. 66. Represión de la delincuencia. 67. El espacio ultraterrestre. 68. Relaciones entre el derecho espacial y el derecho internacional: A. *Tratado de la luna*; B. *Orbita geostacionaria*; C. *Riesgo ambiental*.

La evolución de la regulación del espacio aéreo en las dos últimas décadas demuestra una vez más la evolución del concepto de soberanía estatal y su manifestación en el ámbito espacial o físico de sus competencias. En efecto, también aquí perdieron adeptos las doctrinas de la soberanía absoluta (Doctrina Ferreyra), para pasar —después de un período extenso de las regulaciones nacionales de la aeronavegación de cabotaje— a la aceptación del movimiento de desregulación de este sector, impuesto por los países dotados de fuertes empresas aeronáuticas aún cuando fueren de capitales multinacionales.

El régimen del espacio ultraterrestre se mantiene con sus connotaciones internacionales, y preserva nociones tales como la de considerar a ese espacio y a lo cuerpos celestes como patrimonio común de la humanidad, la de su utilización pacífica, la libertad de investigación y el deber de cooperar para acciones de salvataje, la preservación de su ambiente y la prohibición de ensayar armas atómicas. Se profundizó el desarrollo progresivo en este tema, ya que se firmó el Tratado de la Luna, y otros.

La regulación de la órbita geostacionaria ha sido materia de preocupación por sus efectos en la utilización del espacio para las comunicaciones satelitales u otro uso de satélites en general.

¹ En la primera edición de este libro colaboraron con material de investigación y en la orientación el brigadier Dr. Jorge Damianovich Olivera, profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Morón, y Director del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial de la Fuerza Aérea y Oscar Fernández Brital, quien fuera Profesor Adjunto de Derecho Aeronáutico de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la Universidad de El Salvador, y profesor Adjunto de Derecho Internacional Público en la Universidad de Morón.

65. El espacio aéreo

a) *Concepto.* En su acepción vulgar, el espacio aéreo es la masa de aire que se levanta sobre los continentes y los espacios marítimos. Por la naturaleza misma de su elemento componente, el aire, si bien es de utilidad vital para la subsistencia del hombre, la abundancia en que se encuentra le hace perder a este bien valor económico. No obstante jurídicamente, los Estados al delimitar la competencia sobre sus territorios y zonas marítimas, también han establecido la condición jurídica del espacio aéreo. En este sentido, a principios de siglo la doctrina y la práctica internacional, se pronunciaron por la tesis de la soberanía absoluta del Estado sobre la masa atmosférica que se levanta sobre sus zonas terrestres y acuáticas de competencia. Recién en 1944, en un acuerdo multinacional, se impusieron limitaciones a esa soberanía y se consagraron las cinco libertades del aire, para facilitar la aeronavegación.

Efectivamente, hasta el desarrollo y perfeccionamiento técnico de la aviación, a nadie le interesaba discutir sobre el carácter absoluto del Estado sobre su espacio aéreo. Pero con el auge del tránsito aéreo, después de la primera y sobre todo de la Segunda Guerra Mundial, se hizo necesario facilitar la realización de este nuevo transporte.

En el ámbito doctrinario, el surgimiento de la aviación puso en pugna dos concepciones contrapuestas: 1) la tesis que sostiene la *soberanía absoluta* del Estado subyacente, y 2) la tesis de la *libertad absoluta* del espacio aéreo. Estas posiciones enfrentan la protección de intereses políticos, militares y económicos del Estado, que podrían verse afectados por el tránsito aeronáutico, y el interés internacional de desarrollar un intercambio más ágil mediante la aviación.

Las fundamentaciones de ambas doctrinas, son también opuestas: 1) para la *doctrina de la soberanía*, el espacio aéreo es un accesorio del territorio del Estado; por lo tanto, como dice Ambrosini: "Es un elemento esencial e inseparable del suelo, sin el cual no se concibe la vida del hombre en la superficie y tal circunstancia hace que la propiedad y soberanía del suelo se extienda *ipso facto* al espacio atmosférico correspondiente". 2) Para la *doctrina de la libertad*, defendida originariamente por Fauchille, el aire, por su inmensidad y fluidez, no puede ser objeto de apropiación ni menos de soberanía, ya que esta última presupone la posesión material. El citado autor recalca que no es posible obrar sobre una cosa como soberano, sino poseyendo los medios necesarios para ocupar aquella cosa mediante una dominación permanente fija y exclusiva.

Tampoco cabe admitir la analogía entre el espacio atmosférico y alta mar. En el mar pueden deslindarse zonas de competencias porque yace en un plano horizontal adyacente al territorio de los Estados, mientras que la atmósfera se extiende verticalmente sobre dicho territorio. Por eso, la aplicación de la teoría de los planos horizontales al espacio aéreo es errónea, porque el hecho de determinar hasta que altura el Estado ejerce soberanía y luego no, parece desconocer que cualquiera sea la altura que se fije, siempre subsiste para el subyacente un riesgo permanente.

Ante la incompatibilidad de los argumentos de estas dos teorías extremas, y a los efectos de conciliar el interés de la comunicación aérea internacional con el derecho de soberanía de los Estados, surgió una nueva fórmula denominada: el derecho de tránsito inofensivo.

La aceptación de esta última teoría demarcó un proceso evolutivo que se puede analizar por etapas en la práctica convencional.

b) *Derecho positivo.* La condición jurídica de espacio aéreo fue resuelto a nivel multinacional en dos convenios: el de París de 1919 y el de Chicago de 1944.

En la Convención de París, se consagró la tesis de la soberanía completa y exclusiva del Estado sobre su espacio aéreo (art. 19). Se le impuso la limitación de conceder el derecho de libre paso inofensivo en tiempo de paz (art. 2), y el compromiso de otorgar igual trato a las aeronaves de otros Estados, a fin de no incurrir en discriminación por la nacionalidad (art. 2, 2da. parte).

Se consagra por lo tanto, en esta convención la libertad de paso inofensivo, pero se restringe esta libertad en tres aspectos: 1) El Estado subyacente puede prohibir, por razones militares o de seguridad el vuelo sobre determinadas zonas de su territorio (art. 39; 2). Se deja librado al consentimiento de los Estados el establecimiento y explotación de líneas y vías regulares, de aeronavegación (art. 15; 3). Se prohíbe el tránsito a los aviones militares, salvo autorización especial (art. 32).

Por el convenio de París se creó la Comisión Internacional de Navegación Aérea (CINA), organismo permanente bajo la autoridad de la SDN. Su sistema arbitrario, basado en el privilegio injustificado de las grandes potencias, desagradó a los países neutrales en la guerra de 1914, así como a los demás.

En cuanto al régimen de aeronaves se estableció el principio de que toda aeronave requiere una nacionalidad, tanto para su seguridad y protección, como para la determinación de la responsabilidad internacional emergente en caso de accidente, conflicto, etc.

c) *Convenio de Chicago de 1944*. A consecuencia del extraordinario desarrollo técnico de la aviación durante la Segunda Guerra Mundial, fue necesario revisar todo el sistema jurídico que en esta materia se había consagrado hasta entonces. Estados Unidos y Gran Bretaña iniciaron este proceso, primero por vía bilateral y regional (Conferencias de Londres y de Montreal de 1944), y finalmente en el ámbito mundial, convocando a la Conferencia de Chicago que reunió a 52 Estados. No participó la URSS, como tampoco lo hizo en 1919, demostrando así su voluntad de aislamiento.

En el desarrollo de la conferencia se pusieron de manifiesto tres teorías:

1) *Tesis de la internacionalización*, que procuraba internacionalizar la aviación civil y que fue totalmente descartada (Australia, Nueva Zelanda, Francia, Afganistán).

2) *Tesis de la libertad general*, de origen norteamericano, que procuró imponer la libertad aérea sin limitaciones, con la facultad inclusive, de determinar en cualquier lugar del espacio aéreo, las vías y las líneas del tránsito aéreo. Evidentemente, se trataba de una teoría favorable a los intereses de los Estados aptos para la explotación aeronáutica en gran escala.

3) *Tesis de la reglamentación y del control*, inspirada en el proyecto anglo-canadiense (Libro Blanco), que señalaba las conveniencias del control internacional de las líneas aéreas, con la determinación de sus itinerarios, horarios, tarifas, reparto de las líneas entre los Estados interesados y la creación de un organismo internacional.

Junto con la convención se firmaron dos acuerdos más: uno sobre tránsito aéreo internacional y otro sobre transporte aéreo internacional.

4) *Las cinco libertades del aire*. En la Conferencia de Chicago de 1944, se consagraron las cinco libertades del aire, según el proyecto norteamericano. En el convenio se aceptaron las dos libertades fundamentales: a) el derecho de paso inofensivo; b) el derecho de escala técnica para aprovisionamiento y reparaciones.

Por otra parte, en el acuerdo sobre transporte aéreo internacional se estipularon las tres libertades comerciales: a) el derecho de desem-

barcar en el territorio de cualquier Estado firmante pasajeros y mercaderías embarcadas en el Estado contratante a cuya nacionalidad pertenece la aeronave; b) el derecho de desembarcar pasajeros y mercaderías con destino al territorio del Estado al que pertenece la aeronave; c) el derecho de embarcar pasajeros y mercaderías en el territorio de un Estado contratante para desembarcarlos en el de cualquier otro Estado también contratante.

Como observación, puede decirse que las libertades comerciales a) y b) pueden subsumirse en la c) que es más general y por lo tanto las comprende.

La República Argentina ratificó la Convención de Chicago y el acuerdo de tránsito por decreto-ley 11.905/56 y ley 13.891. En materia de régimen de espacio aéreo también debe señalarse en nuestro país la ley 14.467 que disponía en su art. 3 que: "Los vuelos en el espacio aéreo argentino serán efectuados de acuerdo con la legislación nacional y las convenciones y tratados internacionales". Y, el Código Aeronáutico, en la ley 17.285, dispone que: "Este código rige la aeronáutica civil en el territorio de la República Argentina, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que las cubre".²

5) *La Organización de la Aeronáutica Civil Internacional (OACI)*. El Convenio de Chicago creó la OACI con funciones más amplias y con una estructura más compleja que la CINA creada por la Conferencia de París de 1919. Esta organización tiene por objeto desarrollar los principios y la técnica de la navegación aérea internacional así como facilitar y estimular el desenvolvimiento de los transportes aéreos internacionales.

Tiene su sede en Montreal, Canadá, y está compuesta por una Asamblea, que es su órgano deliberativo, integrado por los delegados de todos los Estados contratantes. Se basa en el sistema de igualdad de trato, por lo que cada Estado tiene un voto, y realiza reuniones ordinarias una vez por año, con facultad de celebrar reuniones extraordinarias a pedido del Consejo o de los Estados miembros.

Posee un Consejo, que es el órgano permanente de la organización y está integrado por 21 Estados partes, elegidos por la Asamblea. Ejerce funciones ejecutivas y administrativas.

La Asamblea y el Consejo actúan en colaboración con una serie de organismos técnicos, como la Comisión de Navegación Aérea que

² Véase Videla Escalada, Derecho Aeronáutico, tomo I, p. 37.

cumple una labor de asesoramiento técnico fundamental; el Comité de Transporte Aéreo, que cumple el asesoramiento de los aspectos económicos de la aviación civil internacional; el Comité Jurídico, que asesora en materia legal; el Comité de Ayuda a los Servicios de la Navegación Aérea, que cumple esa labor de cooperación técnica y financiera internacional, y el Comité de Finanzas, que estudia las cuestiones de orden financiero.

Finalmente, la OACI posee una Secretaría General, encargada de coordinar el funcionamiento de los distintos organismos que la integran.³

66. Represión de la delincuencia

La colaboración internacional en la represión y prevención de la delincuencia cobró una trascendencia particular en los transportes internacionales, que ofrecen la oportunidad para la comisión de una serie de delitos (como el tráfico de estupefacientes, publicaciones obscenas, mujeres y niños, etc.) y la huida de los delincuentes.

El transporte aéreo insuperable en su rapidez, plantea dificultades particulares que no existen por ejemplo en el transporte marítimo. Falta el espacio para encerrar al delincuente, real o presunto, a fin de entregarlo a las autoridades, después del regreso; y al reducirlo, pueden efectuarse disparos que dañen los aparatos o perforen la pared, de modo que el aire escape. Por lo tanto el comandante de una aeronave de pasajeros necesita la facultad de poder desembarcar a una persona que considera peligrosa en un aeropuerto cualquiera, para lo que necesita una reglamentación internacional.

La colaboración internacional ante los problemas de esta índole fue solucionada por el convenio, firmado en Tokio. Sin embargo, recién después de la celebración del mismo, apareció una nueva forma delictiva,

³ Junto con la OACI realizaron la cooperación internacional en materia de navegación aérea como organizaciones privadas: el Comité Jurídico Internacional de la Aviación (CJIA), la International Air Transport Association (IATA), la Unión Internacional de Aseguradores de Aviación (IUAI), y la Federación Aeronáutica Internacional (FAI). Como organismos oficiales funcionan: la Comisión Internacional de Navegación Aérea (CINA); el Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (CITEJA), y la OACI.

que llegó al colmo en 1970: el apoderamiento y desvío violento de las aeronaves que es un delito internacional:

1. Porque el sujeto activo puede ser de indistinta nacionalidad o residencia.

2. Porque el sujeto pasivo pueden ser compañías, tripulantes y pasajeros de diversa nacionalidad.

3. Porque los bienes jurídicos protegidos son la seguridad y regularidad del transporte aéreo, lo que involucra la seguridad de las personas y los bienes, amenazados en el espacio aéreo de diversos Estados.

Y, sobre todo, porque la prevención y represión de este delito sólo puede lograrse con plena eficiencia en el plano internacional.

El debate sobre el nombrado delito fue incluido en la agenda formal de la AG de las NU, pero el estudio sistemático del problema estuvo a cargo de la Organización Internacional de Aviación Civil (OACI). Este organismo creó, en el seno de su Comité Jurídico, un subcomité sobre el secuestro de aeronaves, que inició su labor el 10 de febrero de 1969, en la sede de la OACI, en Montreal; el Convenio sobre la represión del apoderamiento ilícito y desvío de aeronaves fue firmado en La Haya el 16-12-1970.⁴

La comisión del apoderamiento y desvío ilegal puede evitarse por medio de la prevención o de la disuasión. El subcomité optó por la última, siguiendo la consigna del Secretario General de la ONU: que nadie se beneficie u obtenga ventajas con la captura de una aeronave, sabiendo de antemano que será extraditado al Estado del cual intentaba huir.⁵

Ante esta insuficiencia de la *disuasión*, cabe recurrir a la *pre-*

⁴ Documento A/7201/add. 1, p. 21. Véase OACI, Subcomité del Comité Jurídico sobre el Secuestro de Aeronaves. Informes y documentación sobre períodos de sesiones 1^o y 2^o. Montreal, 1969, p. 69.

⁵ La Asociación de Transporte Aéreo Internacional sugirió al subcomité antes mencionado las medidas contra el desvío ilegal, que podrían tomar en consideración los gobiernos: 4 para las autoridades de los aeropuertos y 10 para las compañías aéreas (véase el libro citado en la nota 3, ps. 101-102). Abordó esta cuestión el Seminario de d.i. de la Universidad de Belgrano (Ayudante de Cátedra: Raúl Barylka); distingue 12 métodos que podrían adoptarse a bordo del avión para prevenir el secuestro y otros 16 para recuperar la nave secuestrada durante la escala de abastecimiento.

vención, en el caso de recrudecimiento de este tipo de delincuencia.⁶

67. El espacio ultraterrestre⁷

a) *Conceptos.* El espacio exterior o ultraterrestre es el ámbito cósmico que se extiende más allá del espacio aéreo hasta el infinito.

Esta noción supone a su vez la noción de cosmos, de espacio aéreo y la delimitación de éste con el espacio ultraterrestre.

El cosmos es el universo, comprende todo lo creado, abarca por lo tanto todos los ámbitos. La delimitación entre el espacio aéreo y el ultraterrestre, es de fundamental importancia, pues ambos espacios están regidos por regímenes jurídicos distintos.

Pero existen diversas dificultades científicas y técnicas⁸ que dificultan la delimitación de estas dos zonas, a lo que debe agregarse un inconveniente de tipo político producido por el enfrentamiento de los intereses de los Estados y el de la humanidad en la exploración y utilización del espacio, como factor de poder de las potencias, o como factor de progreso del género humano.

Los autores de la teoría funcional consideran que la libertad debe ser funcional, así como la soberanía, para que las actividades en el ámbito ultraterrestre se realicen con fines humanitarios; teniendo en cuenta la seguridad de los Estados.

No obstante la solución ecléctica que suministra esta teoría no ha tenido mayor aceptación, pues la doctrina y la práctica convencionales se han inclinado por efectuar la demarcación.

En el derecho positivo vigente se define el espacio exterior como todo el espacio que se encuentra en y encima del perigeo mínimo alcanzado hasta la fecha de entrada en vigor del tratado de 1967 sobre

⁶ Véase "Disuasión y prevención ante el desvío de aeronaves", de M. T. Moya Domínguez y B.T. Halajczuk, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 4, de 1970.

⁷ No hay unanimidad en cuanto a la denominación de este ámbito, que suele designarse espacio exterior, extraterrestre, extraatmosférico, superior, etc. Nosotros hemos adoptado la denominación utilizada por la ONU; a los fines de la unificación terminológica y sin que ello signifique que lo consideremos el más apropiado.

⁸ Existen dificultades técnicas para determinar la composición de la atmósfera. Además como ésta constituye una masa gaseosa sufre desplazamientos y por lo tanto alteraciones en su extensión.

el espacio ultraterrestre por cualquier satélite puesto en órbita; pero no se determina con precisión la altura.

Lo expuesto lleva al convencimiento de la necesidad de establecer un límite convencional entre ambos espacios.

b) *Naturaleza jurídica del espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes.* Se ha dicho que el ámbito que estudiamos constituye una *res nullius*, una *res communis* y una *res communis humanitatis*. De las tres concepciones ha predominado la tercera elaborada por el Dr. Aldo Armando Cocca, especialista argentino en derecho espacial. Las objeciones que se formulan contra las otras dos concepciones son perfectamente válidas, porque de considerarse el espacio exterior una *res nullius*, sería susceptible de apropiación con grave riesgo para la seguridad de los Estados no poseedores. Y si se lo considera como una *res communis*, tendría que regirse, como en alta mar, por el sistema de la libertad absoluta, y no es así.

El criterio de *res communis humanitatis* ha sido recepcionado en el derecho positivo vigente (Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre incluso la luna y otros cuerpos celestes, del 19-12-1967 art. 19). El elevado número de ratificaciones que ha recibido este tratado, pone de manifiesto que la comunidad internacional considera que el espacio supraterrrestre es, por su naturaleza, común a la humanidad, y ésta en su totalidad debe tener acceso a los beneficios que se deriven de su exploración y utilización. Por lo tanto, el derecho debe aceptar la condición natural, considerando al espacio supraterrrestre cosa común y atribuyéndolo a la humanidad.⁹

c) *Régimen jurídico del espacio ultraterrestre.* El tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, constituye el estatuto legal del espacio exterior.

A los argentinos nos cabe el honor que en gran parte, este tratado ha sido fruto de la actividad de nuestra delegación en las Naciones Unidas.

⁹ Véase Pedro Rubio Tardío, "Naturaleza jurídica del espacio supraterrrestre publicado", en *Revista Española de Derecho Militar*, N° 4, año 1957. Véase, además Oscar Fernández Brital, "Espacio aéreo y espacio exterior", p. 42, *Revista Brasileira d.i. Direito Aeronáutico e Do Espaço*, N° 19, p. 94.

Efectivamente, como dice Charles Chaumont: "La mayor utilidad de la idea de *res communis humanitatis* es la de salvaguardar la igualdad absoluta de los Estados en cuanto al derecho de utilizar eventualmente el espacio".¹⁰ Nuestro representante en aquel entonces el Dr. Mario Amadeo y su digno sucesor ante la Comisión para la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos fue el Dr. Aldo Armando Cocca.

El tratado establece que la exploración y utilización del espacio ultraterrestre debe hacerse en provecho e interés de todos los países (art. 1) ; que el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes no podrán ser objeto de apropiación nacional (art. 29); que los Estados partes del tratado deberán realizar sus actividades de conformidad con el d.i., incluida la Carta de las Naciones Unidas, en interés del *mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y del fomento de la cooperación y la comprensión internacionales*. El sentido de la cooperación internacional se ve reforzado por las disposiciones de los artículos 9, 10 y 11.

d) *Régimen particular de las actividades en el espacio exterior, la Luna y otros cuerpos celestes*. El resto del articulado del tratado de 1967 regula las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre. Del análisis de esta regulación surge que tales actividades pueden clasificarse en permitidas y prohibidas. El principio general lo establece el art. 49, que dispone que la Luna y los demás cuerpos celestes se utilicen exclusivamente con fines pacíficos.

Son actividades permitidas la exploración y la utilización. La exploración implica el reconocimiento, estudio e investigación del espacio y de los cuerpos celestes. La utilización, señala el uso que puedan prestar tales elementos, y particularmente el aprovechamiento de sus recursos naturales.

Entre las actividades más importantes que en materia de utilización del espacio ultraterrestre se están realizando, cabe destacar la utilización de satélites de comunicaciones, de satélites meteorológicos y de satélites de investigación de recursos naturales.¹¹

¹⁰ Véase Charles Chaumont, *Le droit de l'espace*, 1960.

¹¹ Véase Oscar Fernández Brital en su trabajo presentado como relator del tema *La explotación de los recursos naturales en el espacio exterior, la luna y otros cuerpos celestes*, en las V Jornadas de ALADA, realizadas en octubre de 1971 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Son actividades prohibidas el establecimiento de bases, instalaciones y fortificaciones militares, así como efectuar ensayos con cualquier tipo de armas y realizar maniobras militares. Se prohíbe particularmente la portación y utilización de armas nucleares, así como cualquier otro tipo de arma de destrucción en masa.

La cuestión nuclear por lo tanto, ha sido abordada por el Tratado del 67 en su art. 4º. Este artículo tiene por antecedente la resolución 1884 (XVIII) aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1963, y se ve reforzado por lo dispuesto en el Tratado de Moscú del 5 de agosto de 1963, que prohíbe el ensayo de armas nucleares o cualquier otra explosión nuclear en la atmósfera, el espacio ultraterrestre y debajo del agua.

El problema de la cuestión nuclear fue planteado a escala internacional por la Argentina en el seno de la Subcomisión Jurídica de la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos de la ONU en 1965. La ponencia argentina, coincidente con el proyecto del David Davies Memorial Institute de Estudios Internacionales, procuraba la prohibición genérica de toda explosión nuclear, y no sólo la de las armas nucleares como establece el tratado. En materia de responsabilidad, el delegado argentino expuso la conveniencia de que se considere la derivada de los daños provocados por la actividad nuclear, sugiriendo se incluyera en el mismo texto, sin darle un tratamiento independiente como sugerían los EE.UU. y la URSS. Además, se propuso que en tales casos como en los demás de responsabilidad, la reparación de los daños cometidos fuese integral.¹²

68. Relaciones entre el derecho espacial y el derecho internacional

a) Fuentes del derecho espacial. El Tratado de 1967 consagra la aplicabilidad del d.i. en los cuerpos celestes, en su art. 39. De allí la inclusión de estos temas en nuestra disciplina. Pero los especialistas en el régimen jurídico del espacio exterior y de los cuerpos celestes han proclamado la autonomía del derecho espacial.

Según la definición que suministra Manuel Augusto Ferrer,¹³ el

¹² La cuestión nuclear en la responsabilidad espacial, comunicación presentada por el Dr. Aldo Armando Cocca al Simposio Jurídico Económico sobre Energía Nuclear, del 22 al 26 de julio de 1968, en Bs. As.

¹³ Véase Manuel Augusto Ferrer, *Manual de Derecho Espacial*, Ed. Tapas, 1971, p. 7.

derecho espacial es la rama de la ciencia jurídica que estudia los principios y normas relativas a la navegación por el espacio superior y las relaciones consiguientes, así como el régimen jurídico de dicho espacio superior y de los cuerpos celestes.

Se trata de un conjunto normativo surgido ante el hecho técnico de la navegación astronáutica.

Con el lanzamiento del primer *Sputnik*, el 4 de octubre de 1957, se inició la era espacial y con ella el nacimiento del derecho espacial.

El contenido de este derecho comprende el estudio de un ámbito nuevo para el desplazamiento del hombre que requiere la determinación de su naturaleza y régimen jurídico. Asimismo se estudió el régimen legal de los vehículos espaciales y de los cosmonautas, y el régimen de responsabilidades derivadas de la actividad espacial.

No obstante lo expuesto, que señala la existencia de un conjunto normativo con objeto y método propios, debe indicarse la relación de dependencia de esta disciplina con el d.i., particularmente en lo que a elaboración de las normas se refiere.

El derecho espacial posee fuentes generales y especiales. Son *fuentes generales*: los tratados internacionales, entre los que cabe citar: el Tratado sobre los principios que deben regir la conducta de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, del 27 de enero de 1967, y el Tratado del 22 de abril de 1968, sobre el salvamento y la devolución de cosmonautas y recuperación de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, que son los dos de mayor alcance universal. También es fuente la doctrina, debiendo destacarse especialmente la labor de los autores en el desarrollo de esta nueva disciplina. La jurisprudencia, la costumbre y la legislación comparadas no constituyen fuentes por la reciente formulación que tiene este conjunto normativo.

Son *fuentes especiales*: las resoluciones de la ONU, entre las que cabe nombrar las resoluciones N^{os} 1348, 1962; 1963 y 2345.¹⁴ Incluso pueden mencionarse las resoluciones de los organismos internacionales, particularmente las de la Organización Meteorológica Mundial y de la Unión Internacional de Comunicaciones.

¹⁴ Resolución 1348: Cuestión del uso del espacio ultraterrestre con fines pacíficos. Res. 19/12; Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la explotación y utilización del espacio ultraterrestre Res. 1963: Cooperación internacional para la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos. Res. 2345: Sobre el proyecto del acuerdo sobre salvamento.

No obstante lo expuesto, que señala la existencia de un conjunto normativo con objeto y método propios, debe indicarse la relación de dependencia de esta disciplina con el derecho internacional, particularmente en lo que a elaboración de las normas se refiere.

La autonomía del derecho espacial, que se apoya como dicen sus especialistas en: a) su novedad orgánica; b) la especialidad de sus principios gobernantes y c) la tendencia a la competitividad (integridad), debe sin embargo madurar más para convertirse en una realidad.

b) *Aplicabilidad de la Carta de la ONU.* El art. 3º del Tratado de 1967, incluye la aplicación de la Carta de la ONU en interés del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, así como del fomento de la cooperación y la comprensión internacional. Pero si bien los propósitos de la Carta en materia de paz, seguridad y cooperación internacional son excelentes, no puede decirse lo mismo del mecanismo de realización de esa paz, que es propio de un derecho primitivo, ni de la desigualdad de condiciones de los Estados miembros consagrada en el art. 27 de la Carta con relación a esa desigualdad, debe observarse que la misma está en contradicción con el art. 1 del tratado que consagra la no discriminación y las condiciones de igualdad de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre.

c) *Régimen de exploración de los recursos naturales.* Ya se ha dicho que el espacio ultraterrestre, la luna y los cuerpos celestes son *res communis humanitatis*, y que está prohibida su apropiación nacional; sólo tenemos que aclarar que a los fines de la exploración y utilización, que son actividades permitidas, se añade la ocupación de áreas siempre que se cumpla con las exigencias del tratado: inscripción en el Registro de la ONU, información a la comunidad científica internacional, etc. El Estado ocupante tiene el derecho a la explotación de los recursos naturales del área y conserva la propiedad de sus instalaciones así como la de los vehículos espaciales que emplee, pero no puede apropiarse de la porción de cuerpo celeste que ocupe. Por otra parte, las áreas de ocupación no son de una extensión indeterminada, sino que comprenden la zona denunciada como tal en el Registro de la aventura espacial (ONU) y tienen la extensión que permite la satisfacción de la expedición espacial. La jurisdicción, así como la ley aplicable a la zona de ocupación, a los vehículos espaciales y demás instalaciones corresponden al Estado del registro del viaje espacial.

d) *Régimen jurídico de los vehículos espaciales.* Se trata de los

vehículos disertados para ser colocados en órbita como satélite de la tierra o de otro cuerpo celeste, o hecho para recorrer algún otro derrotero en el espacio. La delegación argentina a la Subcomisión del Espacio Ultraterrestre, propuso que se definiera al vehículo espacial como “todo artefacto lanzado por el hombre para la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes con fines exclusivamente pacíficos, así como el material utilizado para el lanzamiento y propulsión y cualquier parte desprendida de los mismos”.

La nacionalidad del vehículo espacial corresponde a la del Estado del registro.

El registro crea una vinculación entre el vehículo espacial y el sujeto de derecho, y obligaciones internacionales. La inscripción en el registro no es simplemente declarativa sino constitutiva de derechos, ya que es atributiva de la jurisdicción del Estado que lo lleva.

e) *Régimen jurídico del cosmonauta.* El cosmonauta es el tripulante del vehículo espacial. Su actividad presupone un contrato de trabajo con características propias por su especialidad como: a) el conocimiento científico, altamente calificado; b) la actividad riesgosa. En este último aspecto, a los efectos de reglamentar la protección de los cosmonautas, se celebró el Acuerdo sobre el Salvamento y la Devolución de Astronautas y la Restitución de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre, del 19-12-1967.

En cuanto a la trascendencia de su labor, el art. 59 del Tratado de enero de 1967, dispone que el cosmonauta es un enviado de la humanidad. Pero esta condición no le hace perder su nacionalidad, ni los derechos y obligaciones que en el cumplimiento de su gestión lo ligan al Estado del lanzamiento.¹⁵

¹⁵ Dice el Dr. Cocca: El cosmonauta es el individuo del órgano de la comunidad internacional, esto es, el nacional de un Estado determinado o que se halla bajo su jurisdicción, que cumple una función en el espacio ultraterrestre o un cuerpo celeste en interés y beneficio de toda la humanidad. Por otra parte, la calidad de cosmonauta depende exclusivamente de la autoridad de lanzamiento que lo designe como tal, y determina además de los derechos y obligaciones que tiene para con ella, el carácter de enviado de la humanidad *ipso jure*, que le reconoce el Tratado de 1967. Dicho carácter representativo prevalece sobre todo vínculo político o jurídico a que pudiera estar sujeto.

Véase Aldo Armando Cocca, *Condición Jurídica del Cosmonauta*, en Revista *La Ley*, tomo 103; e Informe al XI Coloquio Internacional de Derecho del Espacio,

f) *Régimen de las responsabilidades.* La responsabilidad espacial, que hemos visto parcialmente al abordar la cuestión nuclear, debe considerarse en forma general e integral, y por la naturaleza de la actividad espacial, su campo de aplicación comprende todos los ámbitos (terrestre, marítimo, aéreo). El Tratado de enero de 1967 consagra la responsabilidad objetiva sin límite indemnizatorio. El sujeto responsable es el Estado del lanzamiento. Y en materia de solución de controversias, se propugna el procedimiento único, como el más adecuado.

g) *Régimen de las comunicaciones vía satélite.* Como dice el Dr. Aldo Armando Cocca: 1. Las comunicaciones por satélite constituyen un servicio público internacional, o más exactamente un servicio público espacial; 2. tal servicio espacial presupone la existencia de un organismo internacional de derecho público que dicte la reglamentación y ejerza el control internacional, pudiendo confiar la explotación del servicio a otra empresa por vía de concesión o de cualquier otro modo; 3. es aconsejable la creación de sistemas de telecomunicaciones por satélites de carácter regional, en los que los satélites sean propiedad del grupo de Estados, que además dirigen su explotación; 4. la organización mundial de comunicaciones por satélites puede realizarse: a) por la extensión de funciones de organizaciones ya existentes, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones; o b) la creación de una entidad internacional nueva.

La necesidad de unificar las pautas del sistema internacional de telecomunicaciones provocó el establecimiento de un sistema provisional instaurado por los Acuerdos de Washington de 1964. Estos acuerdos crearon INTELSAT, que es un consorcio internacional de telecomunicaciones por satélites, del cual nuestro país es socio.

El principal accionista de INTELSAT es EE.UU., cuya empresa financiera nacional llamada COMSAT, ejerce la gerencia de INTELSAT

INTELSAT y COMSAT operan dentro del sistema comercial de

Nueva York. octubre de 1968, sobre: *Las telecomunicaciones por satélite, con particular referencia a la futura coordinación entre varios sistemas.* Véase también, informe sobre el tema: *Régimen legal de los sistemas de comunicaciones por satélite*, presentado por Manuel Augusto Ferrer a las III Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial, Bs. As., 1970; y Oscar Fernández Brital, Comparación preliminar entre el acuerdo de Washington de 1964 y el Proyecto del 5 de agosto de 1968, III Jornadas Nacionales de Derecho Aeronáutico y Espacial, Buenos Aires, 1970.

comunicaciones por satélite, pero a los sistemas comerciales se les han unido los de ayuda a la navegación, los sistemas educativos y los de defensa. Pese a que este consorcio está abierto a todos los Estados miembros de la UIT, no puede, como entidad privada que es, realizar un sistema único. Otro sistema es el INTERSPUTNIK, que comprendía a los países del bloque soviético y que constituía en su origen un sistema regional, interno, pero que posteriormente quedó abierto a todos los países.

EUROSAT, proyectó un sistema para Europa.

Se logró la unificación del sistema internacional de telecomunicaciones por satélite, en virtud del acuerdo firmado en octubre de 1971.

El desarrollo del derecho espacial en las últimas décadas ha sido importante y de un gran impacto en lo que hace a la utilización económica del espacio, de los satélites artificiales y de las telecomunicaciones. Sin embargo, todavía no se ha logrado acordar una definición del espacio ultraterrestre, ni se ha fijado el punto hasta donde se extienden las soberanías estatales en el espacio para dar lugar al régimen de libertad que consagra el Tratado del Espacio (1967). No obstante, los avances más destacados son:

A. Tratado de la Luna

Por la resolución 3460/79 de la AG del 5-12-1979, se aprobó el texto definitivo del Tratado de la Luna que se basó en el texto de 1972 con los agregados que surgieron de las críticas formuladas, por eso no extrañó que su entrada en vigor recién tuvo lugar el 11-7-84 al depositarse el quinto instrumento de ratificación en la Secretaría General de la ONU. El tratado se destaca porque la mayor parte de sus disposiciones constituyen normas de desarrollo progresivo del d.i. y no son codificación de costumbres ya existentes. Por esta razón es que para asegurar su efectivo cumplimiento será necesario que previamente obtenga un número considerable de ratificaciones, en particular de las potencias espaciales.

Según el tratado el término "cuerpo celeste" es aplicable a todos los objetos naturales en el espacio, como por ejemplo el caso del cometa Halley, visible desde la Tierra, que entra indudablemente en la categoría de cuerpo celeste, y la palabra "explotación" hace referencia a la utilización de esos cuerpos celestes.

En su artículo 18 establece una serie de procedimientos para el

arreglo de las controversias que puedan suscitar los temas sobre responsabilidad por daños causados en la Luna en forma mas detallada que en el Tratado del Espacio de 1967 y en el Convenio de Responsabilidad de 1972.

El Acuerdo se basa en el concepto de patrimonio común de la humanidad, a semejanza de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, con la diferencia que los principios referidos a la exploración y explotación de los recursos de la Luna, son mucho mas flexibles y, por lo tanto, más aptos para perdurar y adaptarse a los cambios introducidos por el desarrollo tecnológico. La Convención del Mar, en cambio, estableció principios mas rígidos.

a) *Registro sobre objetos lanzados al espacio ultraterrestre.* El tema fue tratado por la Subcomisión de asuntos jurídicos de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con fines pacíficos, dependiente de la AG de la ONU, y la tarea culminó con la firma del Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre que se firmó el 12-11-74, y entró en vigor el 15-9-76.

El preámbulo del proyecto se refiere a los instrumentos jurídicos existentes hasta esa fecha en relación con el espacio ultraterrestre, y expone los principios del convenio: a) la adopción de disposiciones para el registro nacional por los Estados de lanzamiento de los objetos espaciales lanzados al espacio ultraterrestre; b) la creación de un registro central de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, que deberá llevar con carácter obligatorio el Secretario General de la ONU; c) el suministro de medios y procedimientos adicionales a los Estados partes para ayudarles en la identificación de los objetos espaciales. El convenio define al "Estado de lanzamiento", al "objeto espacial" y al "Estado de registro".¹⁶

¹⁶ Otro tema en elaboración y de gran importancia es la formulación de los "principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la tierra para la difusión directa", para el cual se ha tenido especialmente en cuenta el proyecto de convenio internacional sobre radiodifusión directa mediante satélite", propuesto por la Argentina (A/AC-105/134). El grupo de trabajo creado para la elaboración de estos principios, ya le ha dado forma definitiva a 9 artículos que tratan los siguientes temas: propósito y objetivos, aplicabilidad del derecho internacional, derechos y beneficios, cooperación internacional, responsabilidad de los Estados; deberes y derechos de consulta, arreglo pacífico de las controversias, derechos de autor y afines. Sobre "patrimonio común de la humanidad", véase el concepto elaborado por el doctor A. A. Cocca.

b) Tratados sobre utilización de satélites artificiales y otros temas conexos. En 1982 se establecieron una serie de principios que debían regir la utilización por los Estados de los satélites artificiales de la Tierra con fines de televisación internacional directa, en la resolución 37/92 de la AG del 10-12-82.

En 1986 se creó un "Código de Buena Conducta" en relación a la utilización de los satélites con fines de teledetección, que se complementó con la resolución 41/65 del 4-12-86 de la AG.

Desde esa fecha la Asamblea General se ocupa de tres temas importantes, a saber:

- la utilización de las fuentes de la energía nuclear en el espacio,
- los efectos de las actividades espaciales en el medio ambiente,
- la definición o delimitación del espacio (órbita geoestacionaria),
- los aspectos jurídicos de la aplicación del principio de exploración y utilización del espacio, teniendo en cuenta el interés de todos los Estados, pero dándole valor preeminente al desarrollo de las Naciones.

Otro grupo de acuerdos que hay que señalar son los que establecen sistemas comerciales mundiales o regionales de telecomunicaciones por satélite como el Acuerdo de Washington del 29-9-86 entre Estados Unidos, Europa, Canadá y Japón sobre estaciones espaciales internacionales; y las Convenciones de Cooperación regional para la creación, en Europa Occidental, de la Agencia Espacial Europea, o la Organización Intercosmos para el bloque soviético.

Véase Cocca, Aldo Armando: "Alcances de la expresión daño y de la indemnización en el convenio sobre responsabilidad espacial", relato presentado a las IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, Bs. As., 1975, p. 5. En materia de radiodifusión directa mediante satélite, el doctor Cocca es autor del trabajo titulado: "Problemas jurídicos planteados por la radiodifusión directa mediante satélites" (Doct a/aC. 105/W G.3/ONU). En cuanto a la disciplina espacial, el citado autor dice que: "El derecho del espacio no es simplemente una rama de la ciencia jurídica: es todo el derecho que se expande cósmicamente". "Sería minimizar su importancia si se lo reduce a una simple rama del saber jurídico. También es erróneo creer que pueda depender del d.i., puesto que lo ha sometido a su más profundo análisis y lo ha modificado sustancialmente en sus alcances y efectos, por lo que parecería más propio sostener lo contrario. Ello da pie para que se pueda hablar con propiedad de un derecho espacial internacional, como de un derecho civil internacional o penal internacional. Pero al lado del derecho espacial internacional están el derecho de los cuerpos celestes, el derecho de las comunicaciones espaciales, el derecho espacial energético, etc., y muchas otras ramas del derecho del espacio, que es todo el derecho en su nueva dimensión".

B. Órbita geoestacionaria

En la reunión de Manila (1978) de la *International Law Association*, la Comisión de Derecho Espacial constató —por las respuestas a un cuestionario distribuido a algunos Estados— que el principio de libertad de exploración y utilización del espacio ultraterrestre era parte del derecho internacional general y, por lo tanto válido independientemente de la existencia de un tratado.

La naturaleza jurídica de la órbita geoestacionaria como patrimonio común de la humanidad sólo se sostiene en el campo de la doctrina jurídica. Pero por vía convencional ya se había introducido en 1982, en la reunión de Nairobi de la UIT, una substancial modificación al art. 33 de la Convención de Málaga-Torremolinos de la UIT por la que se introduce el principio de respetar la posición geo-gráfica de algunos países en situación geográfica desventajosa para recibir comunicaciones.

En la sesión de 1965 la WARC (Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones), que se reunió para planificar y garantizar a todos los Estados el acceso equitativo a la órbita geoestacionaria, se declaró incompetente para entender en los reclamos de los países ecuatoriales relativos a soberanía o jurisdicción sobre segmentos de la órbita geoestacionaria por sobre sus territorios, así como la preservación de dichos segmentos por esos países para la oportuna y apropiada utilización de la órbita por todos los Estados, particularmente aquellos en vías de desarrollo.

La Subcomisión de Asuntos Jurídicos del COPUOS (Comisión de las Naciones Unidas para los Usos Pacíficos del Espacio Ultraterrestre) continuó tratando el tema de la naturaleza jurídica de la órbita geoestacionaria, habiendo atemperado sus posiciones los países reclamantes.

Desde 1990, en la ONU, se trata a la órbita geoestacionaria como a un recurso natural limitado a ser compartido racional y equitativamente por toda la humanidad, por lo que es preciso establecerle un régimen *sui generis*.

El riesgo espacial está muy relacionado con el de la órbita geoestacionaria, ya que existe posibilidad de colisión entre satélites abandonados en dicha aérea lo que provocaría desechos de segunda generación que son peligrosos para los satélites activos.

En las comisiones de la ONU se procura identificar las normas de la costumbre y principios generales del derecho aplicables al caso, pero

también se procura crear normas nuevas porque se trata básicamente de un derecho nuevo, que regula situaciones inéditas.

C. Riesgo ambiental

En materia de riesgo ambiental por actividades espaciales rigen normas convencionales y de carácter consuetudinario más allá de los tratados que codifican la costumbre. Pero en términos generales, la obligación de negociar de buena fe es la clave del problema y debe entenderse como el deber de proseguir las negociaciones, con el fin de lograr acuerdos basados en un equilibrio adecuado de los intereses de cada parte.¹⁷

El tema se contempla normativamente en la Convención de Viena de 1985 sobre Protección de la Capa de Ozono y en el Protocolo de Montreal de 1987 que impone restricciones al empleo de CFCs. La CDI, de las NU se ocupa de la cuestión en los Relatos sobre la Responsabilidad Internacional por las Consecuencias Perjudiciales de Actos no Prohibidos por el Derecho Internacional.

La actividad extraterrestre quizá contribuya a responder preguntas tan fundamentales como las que siguen ¿Cómo afectan al clima mundial los cambios provocados por el creciente dominio de la naturaleza por parte del hombre? ¿Han creado ya las condiciones químicas de la atmósfera la radiación solar que llega a la superficie?. Este tema motivó la preocupación de Naciones Unidas que aprobó la Convención sobre Cambios Climatológicos, firmada en la Conferencia sobre Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro en 1992, por 153 Estados y la Convención de Viena para la Protección del Ozono, que fue adoptada por 43 Estados el 22 de marzo de 1985. También se firmó el Protocolo de Montreal sobre Sustancias que Destruyen la capa de Ozono del 16-9-87, que entró en vigencia el 1-1-89.¹⁸

Una nueva Conferencia sobre cambio climatológico se celebró en octubre de 1998.

¹⁷ Ver "Declaración de Buenos Aires de 1987 del Seminario Regional de la International Law Association" que aconsejó dar un marco jurídico mas preciso a las obligaciones de índole general consagradas por el Tratado del Espacio de 1967.

¹⁸ Ver Franck, Thomas, "Ozone depletion and global warming instances of fairness in international law", en *El derecho internacional en un mundo en transformación*, Montevideo, 1994.

SECCIÓN XVI

RESPONSABILIDAD

69. Generalidades: A. *Concepto*; B. *Perspectiva Latinoamericana*; C. *Controversia doctrinal*. 70. Imputación: A. *Responsabilidad del Estado por sus órganos*; B. *Responsabilidad por daños causados durante una lucha civil*; C. *Responsabilidad indirecta*. 71. Reparación: A. *Modalidades de la reparación por la infracción de una obligación internacional*; B. *Codificación*.

Se produjeron cambios en el tratamiento del tema, con relación al objeto de protección del instituto de la responsabilidad, que se trasladó del derecho de extranjería como preocupación fundamental, al de "toda violación de una norma de derecho internacional". Varió la consideración de algunos de sus elementos constitutivos, como la noción de daño. Se consolidó la tendencia a tratar en forma particular la cuestión de los delitos y de los crímenes internacionales. Finalmente, en materia de reparación se han consagrado criterios más amplios y flexibles que los imperantes después de la Segunda Guerra Mundial. La evolución del d.i. en esta cuestión se analiza a partir de los informes de los Relatores del tema: "La Responsabilidad de los Estados", y de los casos de la jurisprudencia internacional.

69. Generalidades

A. *Concepto*

La responsabilidad internacional es una institución que impone al Estado que ha realizado un acto ilícito, en perjuicio de otro, la obligación de reparar el daño causado.¹

¹ Es un principio de d.i. que la violación de un compromiso lleva consigo la obligación de reparar la falta así cometida (Sentencia de la CPJI en el caso *Chorzow*, 26-7-1927, p. 21).

No sólo una norma del d.i. puede ser violada sino una norma jurídica cualquiera, y esta violación debe ser sancionada de acuerdo a los principios de responsabilidad, que aseguren de tal modo, la observancia del derecho. Scelle² traza la comparación del desenvolvimiento de esta institución en el derecho privado, insistiendo en la necesidad de llevarla a un denominador común normativo. Sin embargo, esta proposición doctrinal es apenas realizable, porque la responsabilidad internacional tiene una serie de rasgos propios.

La responsabilidad internacional es asimilable a la civil; tiene carácter compensatorio y su objeto es la reparación del perjuicio. Únicamente el individuo puede incurrir en responsabilidad internacional de naturaleza penal, pero no el Estado. La responsabilidad internacional tiene una aplicación más amplia que la civil. Como el d.i. es tan poco desarrollado, desconoce las instituciones de nulidad y de anulabilidad. Es la responsabilidad la institución que brinda una solución, en lugar de declarar un acto nulo o de anularlo, se lo revoca porque la revocación es una de las modalidades de la reparación.³

La responsabilidad internacional es una relación entre dos sujetos del d.i., o sea dos Estados, el Estado perjudicado reclama la reparación del otro Estado, que causó el daño. La víctima del daño puede ser el propio Estado, víctima de un agravio directo, como la violación de su soberanía territorial o de una infracción contra el d.i., como la violación de un tratado. La víctima también puede ser un individuo extranjero, que sufrió un daño corporal o material. El perjuicio causado a un particular no constituía en sí una violación del d.i., por lo menos hasta la implementación efectiva de la protección de los derechos humanos. Al reclamar una reparación para este último, el Estado ejerce un derecho propio.⁴

La responsabilidad internacional es una institución consuetudinaria, a cuyo desarrollo contribuyó poderosamente la jurisprudencia

² Scelee, 1944, ps. 688-693.

³ Reuter, 1962, ps. 125-126.

⁴ "Como repetidamente declaró la CIJ, un Estado al salir en defensa de uno de los súbditos, entablado en su favor una acción diplomática o una acción judicial internacional, hace valer su derecho, el derecho a hacer respetar el d.i. en la persona de sus súbditos". (Sentencia de la CIJ en el caso *Nottenbohm*, 6-4-1955, p. 24). En un sentido análogo, las sentencias de la CPJI en los casos *Fosfatos de Marruecos* (14-6-1938) y de *Maurommatis* (30-8-1924).

arbitral (por eso en la presente sección se citan numerosos casos jurisprudenciales), y la doctrina.

Recién con el tiempo, la responsabilidad internacional llegó a ser objeto del derecho convencional, primero en el plano bilateral y luego en el multilateral, con el Acta General de la Conferencia de Berlín de 1885 (art. 35), y dos de las convenciones de La Haya de 1907 (art. 5 de la convención V y art. 25 de la convención XIII), generalizando los resultados a que llegó la doctrina jurisprudencial. Está expresamente incluida en las competencias de la CPJI y de la CIJ (art. 36 párrafo "d" del estatuto).

Cuando la SDN convocó en 1930 a la Conferencia de Codificación de La Haya, se incluyó la responsabilidad internacional como una de las materias codificables. Sin embargo en este campo —como en los otros—la conferencia fracasó, según veremos más adelante, porque a los latinoamericanos no les faltaban motivos para considerar con máxima desconfianza la codificación de esta materia. Tampoco logró esta tarea la CDI de la ONU.

La codificación: Uno de los temas seleccionados para su codificación por parte de la CDI de la AG de la ONU es el de la responsabilidad de los Estados. El proyecto preparado por la comisión limita sus alcances a la responsabilidad de los "Estados" por "hechos internacionalmente ilícitos, lo que quiere decir que no se contempla la responsabilidad de otros sujetos de d.i. distintos de los Estados, para mayor claridad y resguardo del carácter orgánico del texto. Además, sólo se refiere a los "hechos internacionalmente ilícitos", o sea que no incluye las consecuencias perjudiciales que puede tener la realización de determinadas actividades lícitas, especialmente de las que, por su naturaleza, dan lugar a ciertos riesgos.

En cuanto a la reparación que debe hacer el Estado responsable debe tenerse en cuenta, que la misma no está determinada únicamente por las consecuencias económicas del hecho ilícito sino la perturbación que tal conducta provoca en las relaciones jurídicas internacionales.

Por lo que hace a la responsabilidad indirecta del Estado, cabe aclarar que no es tal la responsabilidad del Estado por hechos cometidos por personas privadas ya que esas personas no pueden reputarse sujetos distintos de d.i. En el caso de la responsabilidad del Estado por los hechos cometidos en su territorio, el principio afirmativo no acepta excepciones, salvo el caso de una ocupación. Finalmente, el proyecto define el hecho internacionalmente ilícito como la violación de una obligación internacional.

B. Perspectiva latinoamericana

En numerosos tratados y manuales de d.i. , europeos y norteamericanos, el problema de la responsabilidad internacional se presenta con una claridad tan meridiana como la responsabilidad civil: Si un Estado perjudica a un extranjero mediante un acto ilícito, debe reparar el daño causado conforme al principio de justicia, que sólo algunos gobiernos ponían en duda. Pero este problema se presentó bajo una luz distinta desde la perspectiva latinoamericana.⁵

a) La doctrina latinoamericana de "*la igualdad de trato*" surgió frente a la del "*patrón (standard) internacional de justicia*" propio de Europa y EE.UU:

Ante la triste experiencia sufrida en materia de responsabilidad internacional, no es de extrañar la posición latinoamericana expresada en una de las resoluciones de la conferencia panamericana reunida en Washington en 1889-1890 (con el voto aislado de los EE.UU.) según la cual: 1) Los extranjeros tienen el derecho a la plenitud de las facultades civiles de que gozan los ciudadanos, incluso las acciones legales. 2) Pero la nación no tiene, ni reconoce, respecto a los extranjeros, ningún otro derecho ni responsabilidades que los que otorga la constitución y las leyes a los propios ciudadanos.

b) La otra doctrina fue formulada por el secretario de Estado de EE.UU., Elihu Root⁶ "Existe un *patrón de justicia*, muy sencillo, muy

⁵ Bien familiarizado con ella (por haber ejercido durante muchos años la cátedra en Lima), el conocido internacionalista francés Predier Fodéré expresó la siguiente opinión sobre la responsabilidad internacional, tal como se planteaba realmente entre las potencias europeas y los Estados latinoamericanos: "Las reclamaciones de los países europeos era una espada de Damocles sobre la cabeza de todos los gobiernos de América hispana y una verdadera llaga. La Europa entera dispuesta a abusar de su fuerza con respecto a esas repúblicas que consideraba cosa desdeñable y no apreciable en el mapa político, se muestra inexorable e injusta al arrancarles reparaciones a menudo indebidas y siempre exageradas, a causa de daños imaginarios e insignificantes alegados por algunos de sus hijos que no siempre son los más meritorios. Presentarse como víctima, sea de lo que fuere, de un Estado hispanoamericano es para el europeo fuente de fortuna. Es natural que los gobiernos de esas repúblicas se preocupen de ese flagelo para tratar de conjurar sus efectos" Predier Fodéré: *Cours du droit Diplomatique*, t. 1, p. 533, cit. según Podestá Costa, 1952, P. 190.

⁶ Elihu Root, 1910, p. 16

fundamental, generalmente aceptado por todos los países civilizados y por el derecho internacional. Para que un país esté facultado a medir la Justicia debida a los extranjeros según la justicia que acuerda a sus propios ciudadanos es preciso que su sistema jurídico y administrativo sea conforme a aquel patrón general". Sin embargo, se ha objetado que si un Estado no está sometido al régimen de capitulaciones, esto significa que su orden jurídico está implícitamente reconocido como conforme al standard internacional.⁷

c) Como un intento de conciliación de estas doctrinas antagónicas puede señalarse otra doctrina intermedia, original y profundamente elaborada, que es la de la *comunidad de fortuna*,⁸ cuyo autor es el internacionalista argentino Luis Podestá Costa. Este autor se inclina más bien hacia la doctrina subjetiva, pero plantea un criterio nuevo, cuya trascendencia puede apreciarse plenamente desde la perspectiva de los países de inmigración donde pueden distinguirse dos clases de extranjeros: estudiantes, turistas y residentes temporales, por un lado, e inmigrantes por el otro. En este último caso⁹ "el extranjero participa de las alternativas materiales y morales del medio en qué se encuentra como los demás habitantes, goza de los beneficios y no puede sustraerse a los males, ya provengan de la naturaleza, de los hombres o de sus propias actividades. Mediante un pacto tácito entre el Estado y el extranjero se establece una mutua convivencia, se crea y consolida un vínculo de recíproca solidaridad, una verdadera comunidad de fortuna."

En los países del continente europeo (como Francia) y también en los Estados Unidos se reclama la aplicación del criterio del standard internacional. El punto de vista latinoamericano fue expuesto, con mucho equilibrio y moderación, en los manuales y tratados argentinos de d.i. citando las ideas de Calvo a Podestá Costa.¹⁰

⁷ Podestá Costa, 1952. En este contexto cabe citar la máxima que expresó el destacado internacionalista suizo Max Huber en la sentencia arbitral en el caso de las *Reclamaciones británicas en el Marruecos Español*: "Ningún policía y ninguna administración judicial es perfecta y es preciso dejar un amplio margen de tolerancia, aún en los países mejor administrados".

⁸ Podestá Costa, 1952, ps. 204-220.

⁹ Y no en los dos, como opina Podestá Costa, en la página 207 de la obra citada.

¹⁰ La doctrina del mismo autor sobre esta última materia está expuesta en la sección XXX. Además se expone sistemáticamente el desarrollo de esta institución y su vinculación con otras instituciones del d.i.: la intervención, las represalias y la autodefensa (que él no distingue de la intervención).

Por otro lado, es evidente su vinculación con la protección internacional de los derechos humanos. La protección diplomática se diluiría en la protección de la persona humana, que no hace distinción entre el extranjero y el ciudadano, en el caso de lograrse una efectiva protección de los derechos humanos.

La responsabilidad internacional se presta bien para el estudio tridimensional. En la dimensión axiológica, detrás del valor de la persona humana podía divisarse intereses apenas confesables, que se hacían valer gracias a un factor palpable en la dimensión sociológica: la relación de las fuerzas. De allí la formulación de dos puntos de vista opuestos que se manifiestan en la dimensión analítica, en las soluciones normativas y en las teorías que las fundamentan.

C. Controversia doctrinal

En materia de la responsabilidad internacional,¹¹ como en la civil, se enfrentan dos teorías: una subjetiva y otra objetiva. Según la tradicional teoría de la culpa de carácter subjetivo formulada ya por Grocio, no basta que el hecho que implica la responsabilidad internacional del Estado sea contrario a una obligación internacional; es preciso que además constituya una omisión, dolo, negligencia o culpa. Según la teoría del riesgo, la responsabilidad del Estado es objetiva y corresponde al concepto de garantía. En este sistema, la responsabilidad sólo se funda en la relación de causalidad existente entre la actividad del Estado y el hecho contrario al d.i sin que sea necesaria la culpa.

La teoría de la culpa contiene elementos psicológicos de difícil valoración. La acepta en cierto sentido la jurisprudencia internacional fundando la responsabilidad del Estado no en la existencia del acto ilícito, sino en el hecho de que el Estado no haya mostrado la debida diligencia para evitarlo (en la falta de diligencia).

La culpabilidad: Con relación a la culpa señalamos en las anteriores ediciones la controversia doctrinal existente hasta ese entonces (años setenta) entre la teoría subjetiva que exige la existencia de falta o culpa del agente cuya conducta se imputa al Estado, y la teoría

¹¹ La comisión de d.i. de la ONU intentó la codificación en esta materia, por medio de un tratado multilateral pero no logró este propósito, según dice Friedman, 1967, ps. 170-171.

objetiva que funda la responsabilidad en la relación de causalidad existente entre la actividad del Estado y el hecho contrario al d.i., sin que sea necesaria la culpa. Además se han expuesto criterios eclécticos que aceptan la responsabilidad del Estado únicamente si no actúa con la “debida diligencia”.

La teoría del riesgo: A ella nos referimos al explicar los extremos opuestos de la “controversia doctrinal”, criticando la posibilidad de su aplicación a las reclamaciones generadas en perjuicios sufridos por inversiones extranjeras. La teoría del riesgo elimina el requisito del acto ilícito, ya que la responsabilidad surge ante la mera conducta o accionar del Estado, sin exigir que sea en contra de una obligación contraída con otro u otros Estados. Sin embargo esta concepción de la responsabilidad absoluta del Estado, *se aplica en casos excepcionales, regulados convencionalmente*, como es el caso de la Convención sobre Responsabilidad Internacional por los daños causados por objetos espaciales, del 29-11-1971 y la Convención sobre el Derecho del Mar (art. 235),

Teniendo en cuenta el número creciente de tratados sobre derecho ambiental, o espacial que adoptan la teoría de la responsabilidad absoluta del Estado, algunos autores como Cahier, señalan la conveniencia de adoptar una convención general que establezca la responsabilidad absoluta de los Estados en los casos en que se desarrollen actividades peligrosas o ultra peligrosas que originen riesgos excepcionales y que causen daños considerables al territorio o al medio ambiente de otro Estado.

Para los Estados exportadores de capitales, la teoría del riesgo presenta evidentes ventajas: porque corresponde mejor al fundamento de la responsabilidad internacional que radica en la seguridad de las relaciones interestatales (y sobre todo de las inversiones extranjeras). Esta seguridad —valor para proteger— sería ilusoria si un Estado pudiera sustraerse a la responsabilidad de los actos realizados por sus funcionarios alegando que no ha cometido ninguna falta ante su derecho interno. Por otro lado, esta teoría incluye la responsabilidad internacional del Estado por actos realizados por funcionarios incompetentes. Sin embargo, se fue demasiado lejos, al procurar brindar a los extranjeros garantía contra todos los riesgos posibles, convirtiéndose el Estado en una compañía de seguros.

No podemos profundizar esta materia, amplia y controvertida, en nuestro manual. Ante esta insuficiencia de las dos doctrinas puras,

surgieron doctrinas eclécticas (Triepel, Strupp) que admiten los dos criterios simultáneamente, y aceptan la culpa sólo para los delitos de omisión; o sea cuando el Estado actúa sin la debida diligencia.¹²

Podestá Costa restringe el derecho de protección diplomática a los extranjeros asociados a la comunidad de fortuna, reservando la protección a los no asociados, o sea a los que residen fuera del respectivo país, a los funcionarios oficiales extranjeros y, por otra parte, a los "excluidos de la comunidad de fortuna", porque son los destinatarios de los atropellos dirigidos precisamente contra los extranjeros en general o contra los que tienen una determinada nacionalidad o religión.

Actualmente, la jurisprudencia subordina la responsabilidad internacional a dos condiciones: la imputabilidad y la ilicitud

Ante todo, la acción u omisión debe ser imputable al Estado respectivo. Pero son imputables al Estado las acciones u omisiones de sus órganos cualquiera que sea su índole y su jerarquía.¹³

Además, es necesario que el acto imputable al Estado sea internacionalmente ilícito, de acuerdo con las normas del d.i.¹⁴ No es preciso que sea contrario también al derecho interno, porque un acto lícito según el derecho interno puede ser internacionalmente ilícito y una ley puede ser contraria a un tratado. De tal modo, la teoría y la práctica reducen el fundamento de la responsabilidad internacional a la infracción contra una norma del derecho internacional.

a) *Responsabilidad internacional. Enfoque actual:* En la edición de 1978 se mantuvo la estructura que se le dio al tema en la versión original, distinguiendo la responsabilidad directa de la indirecta, y encarando la cuestión de la reparación, considerando la perspectiva latinoamericana de toda la cuestión y la originada en los daños causados durante una lucha civil. La actualización se refirió a los avances de la codificación del tema en la CDI de la AG de la ONU.

¹² Jiménez de Aréchaga indica que esta noción de *diligencia debida* no es un elemento subjetivo, sino el contenido mismo de una obligación preexistente por cuya violación es responsable el Estado. En el caso del Canal de Corfú la Corte estableció la responsabilidad internacional de Albania sin acudir al concepto de culpa.

¹³ Caso arbitral de *Margaret Roper y Gertrude Parker Massey*

¹⁴ Deben ser actos "contrarios al derecho de gentes" (caso *Goldenberg* 27-9-1928). En el mismo sentido se expresaron las sentencias en los casos *Maurommatis, Chorzow, Intereses alemanes en Alta Silesia, Fosfatos marroquíes*, etc.

Para apreciar la gravedad de un hecho internacionalmente ilícito y para determinar las consecuencias que deben atribuirse a ese hecho, la CDI recomienda que se tome en consideración, el orden jerárquico de los valores que la comunidad internacional procura preservar, a saber, por ejemplo, el mantenimiento de la paz. Para determinar si hay causa de responsabilidad internacional no basta con definir una norma y el contenido de la obligación que impone, sino que es necesario verificar si se ha violado esa obligación y cuales deben ser las consecuencias de tal violación. Únicamente este segundo aspecto forma parte de la esfera propiamente dicha, de la responsabilidad. Existen distintas categorías de infracciones internacionales y por ende distintos grados de responsabilidad por ello el proyecto toma como base una noción general de la responsabilidad entendiéndose por tal “el conjunto de las relaciones jurídicas nuevas a que puede dar origen en las distintas hipótesis, un hecho internacionalmente ilícito de un Estado”.¹⁵

Los casos de eximisión de responsabilidad del Estado, son aquellos que comprenden el comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado, es decir de personas que actúan en calidad de particulares.

También se excluye el comportamiento observado en el territorio de un Estado o en otro territorio sujeto a su jurisdicción por un órgano de otro Estado que actúa en esa calidad, o por el comportamiento de un órgano de una organización internacional en igual circunstancia, o de un movimiento insurreccional.

La doctrina anterior a los trabajos del relator Roberto Ago en materia de responsabilidad internacional del Estado, centra la cuestión en la protección de los extranjeros. Al respecto existían claras diferencias ideológicas y de fundamentación jurídica, expuestas en la primera edición de este libro, al referirnos a la “Perspectiva latinoamericana” como opuesta a la opinión europea principalmente en materia de: 1) determinación de la responsabilidad, (trato debido a los extranjeros); 2) eximentes de la responsabilidad (igualdad de trato que a los nacionales); 3) modos de determinación de la reparación.¹⁶

¹⁵ Véase “Informe de la CDI a la AG de la ONU” 1974.

¹⁶ Para la jurisprudencia internacional desde la época de la CPJI, en el Caso “Chorzow” Serie A, Nro.17, p. 29, año 1928, “es un principio de Derecho Internacional, y aún un concepto general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso impone la obligación de efectuar una reparación” Manteniendo el mismo

Los trabajos de la CDI cambian la perspectiva y parten de la base de que la responsabilidad internacional se genera cuando un Estado viola sus obligaciones respecto a otro Estado, o respecto a la comunidad internacional en su conjunto, cualquiera sea el origen de la norma violada: consuetudinaria, o convencional.

En los Informes de los Relatores se señala que en la relación entre el Estado responsable de la ilicitud y el Estado damnificado hay una doble vinculación: una *primaria* que es la que impone obligaciones de fondo a los Estados, cuya obligación es la causa de responsabilidad internacional, y una *secundaria* que tiene por objeto determinar las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones señaladas por las normas primarias. El profesor Ago y los demás relatores se han ocupado de la codificación de las normas secundarias.

Elementos constitutivos de la responsabilidad internacional: Para Jiménez de Aréchaga¹⁷ son:

1) La existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión.

2) El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica.

3) Debe haberse producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito.

Ya nos hemos referido, al acto ilícito como factor que hace surgir la responsabilidad del Estado, también nos referimos a la imputabilidad. Falta analizar la noción de daño. En este punto se debe aclarar que la CDI no incluyó al daño como un elemento constitutivo de carácter independiente de la responsabilidad, quizá para no relacionar al tema exclusivamente con el derecho de extranjería. Para Ago, el daño está contenido en el primer elemento. Para Jiménez de Aréchaga, "el incumplimiento de una obligación internacional es un elemento necesario pero no suficiente en el caso de delitos internacionales. A los

criterio, y destacando la existencia de una doble relación jurídica existentes entre las partes creado por el vínculo de responsabilidad, la actual CIJ, en la sentencia de fondo del Canal de Corfú, (Reports, ps. 23-24, año 1949), dijo que cuando la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado, conforme al Derecho internacional, se contesta en sentido afirmativo resulta que se debe una compensación como consecuencia de la afirmación de la responsabilidad".

¹⁷ Jiménez de Aréchaga funda su tesis en los fundamentos del fallo de la CIJ en el Caso de los Ensayos Nucleares.

efectos de crear un vínculo automático de responsabilidad entre el Estado actuante y el reclamante es menester un requisito adicional: el daño sufrido por el Estado reclamante. Y este requisito del daño no forma parte de las reglas primarias, está vinculado con las reglas secundarias de la responsabilidad del Estado, puesto que se refiere a su implementación en el plano diplomático y judicial. Es la expresión del principio jurídico de que nadie tiene acción sin un interés de carácter jurídico. Si se prescinde del daño y se atiende sólo a la violación del derecho resultaría que cualquier Estado tendría derecho a demandar al infractor, lo que significaría reconocer una *actio popularis* que no existe en d.i.¹⁶

b) *Circunstancias que excluyen la ilicitud*: Para la CDI son 6 las causales que excluyen la ilicitud de un acto violatorio del di:

1. El *consentimiento del Estado víctima*. Este eximente no es admisible en caso de crimen internacional o de la violación de una norma de *ius cogens*, o cuando el consentimiento es arrancado por la fuerza o por la amenaza del uso de la fuerza. Para algunos autores, constituye una cuestión de hecho crucial la determinación de si el consentimiento ha sido dado con anticipación y libremente.

2. Las *contramedidas*, también definidas como *sanciones de la comunidad internacional no organizada: retorsiones y represalias*, son respuestas a una conducta ilícita cometida por otro Estado contra el que responde, que deben cumplir con el requisito de la proporcionalidad.

La represalia es más grave, por cuanto consiste en un acto ilícito pero justificado ante el d.i. por ser respuesta a otro hecho ilícito. No son admisibles las represalias que impliquen el uso de la fuerza, por imperio de la norma de *ius cogens* que lo prohíbe.

3. La *fuerza mayor y el caso fortuito*: cuando el hecho ilícito del Estado se debe a *una fuerza irresistible o a un acontecimiento exterior imprevisible ajenos a su control* que hicieron materialmente imposible que ese Estado procediera de conformidad con su obligación.

4. El *peligro extremo* se presenta cuando el Estado que actúa ilícitamente no tiene otra forma o medio de salvar su existencia o la de las personas que están a su cuidado.

¹⁶ Jiménez de Aréchaga, op.cit. p.47.

5. La *legítima defensa*, que es la conducta contemplada en el art.51 de la Carta de la ONU.

6. El *estado de necesidad*, surge cuando la conducta violatoria es el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave e inminente. Para la CDI se trata sólo de la necesidad de Estado, y la situación de grave peligro se refiere a “un peligro grave para la existencia del Estado mismo”.¹⁹

En la jurisprudencia internacional se cuestionó la procedencia de esta causal. En el caso del Canal de Corfú al referirse a la Operación Retail respecto a la cual Gran Bretaña alegaba actuar por estado de necesidad, la CIJ dijo: “el derecho de intervención alegado, como manifestación de una política de fuerza que en el pasado ha producido abusos muy graves, no puede encontrar lugar en el Derecho Internacional, cualesquiera que sean los defectos presentes de las organizaciones internacionales. La intervención es quizás menos admisible en la forma especial que adoptaría aquí: puesto que, según la naturaleza de las cosas, quedaría reservada a los Estados más poderosos y fácilmente llevaría la perversión de la administración de la justicia internacional misma”, la Corte condenó la operación y dijo que “entre Estados independientes, el respeto a la soberanía territorial es la base esencial de las relaciones internacionales”,²⁰ y en el caso de los rehenes norteamericanos de Irán entre EE.UU. e Irán,²¹ la CIJ declaró “Cualquiera sean sus motivos, está por su naturaleza dirigida a minar el respeto al arreglo judicial en las relaciones internacionales”. Recuérdese que el mismo tribunal, en una de sus ordenanzas sobre medidas preliminares había indicado que no debía tomarse ninguna medida que pudiera agravar la tensión entre los dos países.

El proyecto de la CDI excluye la causal del estado de necesidad si la obligación internacional violada “dimana de una norma imperativa de derecho internacional general, como es el caso de la que prohíbe menoscabar por la fuerza la integridad territorial o la independencia política de otro Estado”.²²

¹⁹ ACIDI, 1980, Vol.II, 2a parte. p. 34.

²⁰ CIJ, Reports, 1949, ps. 34-5.

²¹ CIJ, Reports, 1980, p. 44.

²² En la crítica que formula Jiménez de Aréchaga se destaca que el proyecto de la CDI sólo excluye la agresión que conduce a conquistas y anexiones y el menoscabo por la fuerza de la integridad territorial o la independencia política de un Estado.

Teniendo en cuenta que la CIJ es el órgano competente de interpretación de la Carta de la ONU se concluye que “no cabe invocar el estado de necesidad como causal de justificación respecto de todo acto de violación de la soberanía territorial de otro Estado, sea que se intente o no menoscabar su integridad territorial e independencia política”.²³

70. Imputación

A. Responsabilidad del Estado por sus órganos

Cada Estado es responsable por los actos de sus propios órganos, pero en algunos casos puede incurrir en responsabilidad indirecta, por otras colectividades. Bajo una luz distinta se plantea la responsabilidad de un Estado que está convulsionado por una guerra civil.

Al Estado le son imputables las comisiones u omisiones de todos sus órganos, pero cada uno de ellos plantea problemas distintos. La responsabilidad por los órganos administrativos no ocasiona dudas de principio, aunque hubo intentos de limitarla a los funcionarios de jerarquía superior. La responsabilidad por los órganos jurisdiccionales choca, según ciertas opiniones, con la independencia de que estos órganos gozan. El órgano legislativo es el que plantea el problema controvertido de la supremacía del derecho interno o del internacional. Admitiendo la supremacía del último, de acuerdo con el concepto monista moderado, la violación del d.i. por una ley interna compromete la responsabilidad internacional del Estado; de allí la doble vinculación del presente capítulo con el que trata la relación entre los dos ordenamientos jurídicos.

a) Administrativos. El Estado es responsable por la conducta de todos sus agentes públicos, sin distinción entre la administración central y la administración local, ni entre cargos en la jerarquía administrativa. Pero según otra teoría, los funcionarios subalternos no generan responsabilidad internacional del Estado.

Los funcionarios comprometen la responsabilidad de sus Estados por toda clase de trato diferencial en perjuicio de un extranjero,²⁴

²³ Jiménez de Aréchaga, Eduardo *Derecho Internacional Público*, t. IV, p. 50

²⁴ Sentencia de la CPJI en el caso *Oscar Chinn* (12-12-1934).

principalmente por sevicia, por actos de violencia de los militares o policías contra un súbdito extranjero, por detenciones arbitrarias, etc.²⁵

Se compromete la responsabilidad estatal por omisión, si no se previenen o no se reprimen debidamente los atropellos de los particulares. El Estado puede ser responsable por actos de particulares pues tiene el deber de asegurar el mantenimiento del orden público en su territorio e impedir que los individuos atropellen a los extranjeros. Si esto ocurre, la responsabilidad resulta del incumplimiento por parte del Estado de esta obligación y no del acto del individuo, quien no es sujeto directo del d.i. y, por lo tanto, no puede violarlo.²⁶

La responsabilidad, por omisión, en el caso de atropello contra los representantes diplomáticos, se ha examinado en el capítulo relativo a los órganos estatales.²⁷

La obligación estatal es doble y abarca el deber de prevención y de represión.²⁸

Cumpliendo con la obligación de prevenir, el Estado debe tener en cuenta: *el lugar*, por ejemplo las embajadas; *el momento*, por ejemplo, la embajada de Israel después del atentado de 1992, y el carácter previsible o imprevisible del acontecimiento. Es mayor la responsabilidad por el atropello contra un órgano del Estado (presidente, ministro, diplomático), que por un ciudadano común.²⁹

Hasta ahora nos hemos limitado a la hipótesis sencilla de los funcionarios que actúan dentro del marco de sus competencias.

²⁵ Sentencia de la CPA en el caso de *Chevreau* (9-9-1931).

²⁶ Kelsen, 1965. ps. 103-106.

²⁷ Véase No 23, C.

²⁸ "La responsabilidad de un Estado por un crimen político cometido en su territorio, en la persona de un extranjero, sólo surge cuando este Estado no tomó disposiciones apropiadas para prevenir el crimen, y para perseguir, detener y juzgar al criminal". (Dictamen del 24-1-1924, sobre el asesinato del Gral. Tellini, en el territorio griego, por una comisión de juristas designada por la SDN).

²⁹ Aunque a veces puede ser difícil demostrar, en un caso concreto, que las autoridades locales han faltado a su deber de protección, ciertas circunstancias pueden contribuir para la formación de un criterio al respecto. La responsabilidad internacional es mucho mayor si el gobierno no toma las medidas preventivas necesarias a pesar de la reclamación de los representantes diplomáticos o de los interesados. Por ejemplo, si no se facilita escolta armada a los extranjeros amenazados, o si policías, militares o funcionarios tomaron parte en actos de violencia cometidos contra extranjeros (caso EE.UU. vs. Irán).

En cuanto a la extralimitación de un funcionario más allá de sus competencias, Charles De Visscher considera que su acto será imputable al Estado, “cuando él ha sido ejecutado valiéndose, ya de la autoridad, ya de la fuerza material que el agente culpable posee en virtud de sus funciones”.³⁰

Responsabilidad por la deuda externa: También incurre en responsabilidad el Estado cuyo órgano administrativo omite hacer frente a sus obligaciones ante los acreedores o concesionarios que son súbditos de otros Estados. El Estado suele suspender los pagos de una deuda pública sólo por dos motivos: primero, por no estar en condiciones de hacerlo, sea por dificultades objetivas (por ejemplo malas cosechas, caída de los precios en los mercados internacionales, desastres, especialmente en países de monocultivos (u otras causas), o por una defectuosa gestión económica. En este caso suelen renegociarse los plazos o las condiciones de pago. Sin embargo, en el pasado se sometía con frecuencia al deudor moroso (como Turquía o Egipto) a una especie de curatela internacional,³¹ e inclusive en el caso de Venezuela de 1902 a represalias armadas. Se opone a esta clase de violencias la “doctrina Drago” que propuso el entonces canciller argentino. “...el principio que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea”. Esta doctrina fue elevada a la categoría de derecho positivo por la Conferencia de La Haya de 1907, en una forma muy atenuada que propuso el delegado norteamericano Porter. El recurso a la fuerza armada para el cobro de la deuda pública fue prohibido, salvo el caso en que el Estado deudor no acepte el arbitraje o no cumpla la sentencia arbitral.³²

El segundo motivo es que el Estado deudor simplemente repudie la deuda. Según el convenio de 1907, tal repudio podrá justificar sanciones armadas, que hoy día están prohibidas por la Carta de la ONU. Por otro lado, las obligaciones de orden económico respecto a potencias extranjeras o sus súbditos se tratan actualmente con un liberalismo mucho mayor, según veremos dentro del contexto de la responsabilidad del Estado por su legislación.

³⁰ De Visscher, en *Revue de Droit International et de Legislation Comparee*, de 1927, p. 253.

³¹ La responsabilidad internacional por la actividad de los partidos únicos en los gobiernos fascistas o comunistas es evidente.

³² Véase N° 29.

Cabe agregar que el Estado puede eximirse de responsabilidad internacional por el no cumplimiento de sus compromisos económicos en virtud de la “doctrina Calvo” (otro canciller argentino) enunciada en 1868, que examinaremos más adelante, o de la renuncia convencional a la protección diplomática. Tales “tratados de irresponsabilidad”, han sido firmados en la segunda mitad del siglo XIX y concluidos entre algunos Estados latinoamericanos y, en parte también, entre éstos y los Estados europeos.

b) *La cláusula Calvo*. Es la estipulación que se coloca en contratos celebrados entre Estados y particulares por la cual “las dudas y controversias que puedan surgir en la interpretación o aplicación del presente contrato serán resueltas por los tribunales competentes del Estado, de conformidad con su derecho y no podrán dar lugar a ninguna intervención diplomática o reclamación internacional”. Es decir, que lo que renuncia el extranjero es a la facultad de presentar a su gobierno un reclamo válido que permita el ejercicio de la protección diplomática a su favor. En la práctica no se ha aplicado la protección diplomática en estos casos. La aceptación por la jurisprudencia arbitral de la cláusula Calvo ha tenido lugar para cada caso concreto ya que se aplica el criterio de interpretación estricta. La jurisprudencia favorable a la validez de esta cláusula le impone la limitación de que la única reclamación que queda excluida es la que tiene como título jurídico la violación del contrato o bien que no vale la renuncia si el gobierno ha empezado por violar el contrato.

c) *Judiciales*. El órgano judicial es capaz de comprometer la responsabilidad internacional del Estado a pesar de la independencia de los jueces. El juez puede comprometer la responsabilidad contra el extranjero que comparece ante él como demandante, como demandado, o como acusado. En todos estos supuestos la responsabilidad internacional del Estado, resulta de la denegación de justicia, noción que se aplica a cualquier insuficiencia de la organización en el ejercicio de la función jurisdiccional, para la protección judicial a los extranjeros que se hallan en su territorio. Puede manifestarse como:

1) *Denegación de justicia en sentido estricto*, o sea negativa de acceso a los tribunales. Tiene lugar cuando un Estado no permite que los extranjeros defiendan sus derechos ante los tribunales.

2) *Sentencia manifiestamente injusta*, fórmula cuyo concepto es difícil de precisar. Se da, verbigracia, en el caso de una evidente animosidad contra un extranjero, a pesar del aparente respeto de las

formas exteriores, o de una interpretación manifiestamente errónea de la ley local.³³

Pero el Estado no es responsable del error judicial de sus jueces, cometido de buena fe.³⁴ Por eso los extranjeros deben agotar los recursos internos contra los fallos que les afectan, pues se presume que dichos recursos son suficientes; el d.i. deja a las jurisdicciones nacionales el cuidado de interpretar las leyes internas, y sus resoluciones no pueden ser revisadas por una jurisdicción internacional. El agotamiento de las instancias internas es la condición previa de la protección diplomática.

3) *Defectos en la administración de justicia.* El Estado es responsable si no es capaz de asegurar un cierto grado de eficacia en la administración de justicia, al nivel requerido por el d.i. Concretamente, puede ser la negativa de dictar sentencia por parte del tribunal; el retraso o entorpecimiento inexcusable en la administración de justicia, cuando el extranjero es demandante (caso Martini), falta de diligencia en la persecución o en la detención del asesino de un extranjero, a la inversa, la insólita prisa cuando se trata de un acusado extranjero; la condena de un extranjero por un tribunal de carácter excepcional; la no ejecución de una sentencia judicial dictada en favor de un extranjero; la amnistía o indulto prematuros del asesino de un extranjero, la liberación anticipada; la evasión favorecida, etc.

d) *Legislativos.* El poder legislativo puede comprometer la responsabilidad del Estado por comisión u omisión. Por comisión cuando promulga una ley contraria a las obligaciones internacionales del Estado, y por omisión, cuando no dicta las leyes necesarias para el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado o cuando no deroga una ley contraria a dichas obligaciones.³⁵ La jurisprudencia

³³ Esta clase de situaciones se presenta en Estados totalitarios, por ejemplo en la antigua URSS (proceso intentado contra ingenieros británicos, acusados de sabotadores en 1933).

³⁴ "El extranjero debe reconocer, en principio, que le es aplicable la forma de la administración de la justicia propia del país de su residencia, sin excluir los defectos que ella presenta; es imperfecta, como toda obra humana". (Caso *Salem*, el 8-6-1932.) En el mismo sentido la sentencia de la CPJI del 7-9-1927 en el caso *Lotus* y la sentencia arbitral en el caso *Yuille -Shorthridge*.

³⁵ "Un Estado que ha contraído válidamente determinadas obligaciones internacionales tiene que realizar las correspondientes modificaciones en su legislación con el objeto de asegurar el cumplimiento de estos compromisos" (dictamen de la CPJI del 21-2-1925, citado por Rousseau, 1966, par. 484). Contiene esta norma el art. 13 de los Derechos y los Deberes de los Estados (véase No 25, B).

internacional ha afirmado este principio en numerosos casos de aplicación irregular de leyes fiscales a extranjeros, de requisa o expropiación de bienes sin indemnización.³⁶

Después de la Segunda Guerra Mundial, se debatió ásperamente sobre la obligación de indemnizar las inversiones extranjeras nacionalizadas.³⁷

En virtud del derecho a la independencia, el Estado tiene la libertad de optar por tal o cual régimen económico; por lo tanto puede nacionalizar por ejemplo los ferrocarriles, las minas, las fuentes de energía e incluso todos los medios de producción. Sin embargo, sólo excepcionalmente ocurre que el Estado pague una indemnización como la que pagó la Argentina a las compañías extranjeras al nacionalizar los ferrocarriles, los teléfonos, el gas, las instalaciones portuarias, etc. Pero a consecuencia de la internacionalización de la economía y de la globalización del mercado mundial, los Estados prefieren atraer capitales brindándoles una máxima seguridad jurídica.³⁸

De tal modo si algún Estado decide unilateralmente expropiar empresas extranjeras, debe enfrentarse a una dura respuesta internacional, como ser bloqueo comercial, suspensión de créditos, etc. Las expropiaciones tan comunes en los años 60, ya han caído en desuso, las nuevas formas del comercio internacional hacen poco menos que imposible ese recurso.

Basta recordar las sanciones que EE.UU. intenta aplicar a los Estados que comercien con Cuba por ejemplo, países de la importancia de Canadá, Alemania, Francia, etc. (Ley Helms Burton).

Para el "monismo absoluto" la responsabilidad del Estado como

³⁶ La obligación de la indemnización fue confirmada por la CPJI en el caso Chorzow, el 25-5-1926. México expropió (por la ley de 1936) sin indemnización una compañía petrolífera británica y otra norteamericana. No aceptó el arbitraje, pero aceptó la obligación de pagar la indemnización, en virtud de acuerdos bilaterales de 1941 (con los EE.UU.) y de 1946 y 1947 (con el Reino Unido). Al nacionalizar las usinas de gas y de electricidad en 1946, Francia indemnizó a los accionistas extranjeros, lo mismo las democracias populares de Europa del Este, por la nacionalización de los bienes estadounidenses, franceses, suizos y británicos en 1945.

³⁷ La nacionalización de las empresas holandesas en Indonesia, de la refinería de Abadan (propiedad de la Anglo-Iranian), de la Compañía del Canal de Suez, nacionalización del cobre en Chile, de petróleo en Perú, Bolivia y Venezuela en 1971.

³⁸ Véanse las disposiciones de la OMC en materia de inversiones.

consecuencia de sus actos legislativos se extiende igualmente a los actos constitucionales. Un Estado no puede invocar frente a otro su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le imponen el d.i. o los tratados en vigor, según explicamos en la sección II.³⁹ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) consagra este criterio en su art. 27.

B. Responsabilidad por daños causados durante una lucha civil

Como los nacionales, también los extranjeros sufren las diversas consecuencias de una revolución o lucha civil. Sus bienes pueden ser confiscados o saqueados, por los rebeldes, como también por los gobernantes. Por otro lado, un país arruinado por una guerra civil, no está, por lo general, en condiciones de cumplir sus obligaciones antes los acreedores extranjeros. De allí los numerosos casos de protección diplomática a los súbditos perjudicados en el transcurso de las revoluciones mexicanas, especialmente de la guerra civil que arrasó al país de 1910 a 1920, las venezolanas y la insurrección de los "boxers" chinos en 1900.

El problema de la responsabilidad en estos casos se ha discutido en la doctrina. Existe una jurisprudencia que desarrolla normas de derecho común y, por otra parte algunas soluciones convencionales.

De acuerdo al derecho común hay que distinguir tres clases de daños diferentes. Con relación a los daños producidos en el momento mismo del combate, la jurisprudencia internacional, por analogía a las normas del derecho de guerra, niega la responsabilidad del Estado, justificando esta solución por la excepción de fuerza mayor.⁴⁰

³⁹ "Un tratado prevalece sobre una constitución, a la que debe ceder el paso. La legislación de la república debe ser adaptada a los tratados y no los tratados a las leyes." (Fallo en el caso *Montijo*.) "Un Estado no puede invocar frente a otro su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el d.i. o los tratados vigentes." (Dictamen de la CPJ del 4-2-1932.)

⁴⁰ El Estado no puede ser responsable de las consecuencias de haber restablecido el orden o de haber combatido al enemigo por la fuerza armada. Haciéndolo así, el Estado se ha limitado a cumplir un deber primordial. El Estado no es responsable de los daños causados, ni siquiera por las operaciones militares de sus propias tropas (Sentencia arbitral de Max Huber, en el caso de las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos* del 1-5-1925.) El simple hecho de que, para reprimir motines o revoluciones, el gobierno legítimo se vea en la necesidad de adoptar medidas militares perjudiciales para algunos súbditos extranjeros no basta para engendrar la responsabilidad internacional" (Sentencia arbitral de Versijl en el caso

Es complejo el problema de la responsabilidad por actos jurídicos o delitos de los insurrectos. En ese punto, la jurisprudencia distingue dos disyuntivas:

1º Si los insurrectos son vencidos, el Estado no es responsable. (caso *Pinson*).

La jurisprudencia admite dos excepciones: Primero, no puede eximirse al gobierno de responsabilidad cuando se prueba que no ha actuado con la debida diligencia; cuando no ha hecho todo lo que estaba a su alcance para proteger a los extranjeros. Segundo, la doctrina europea y la jurisprudencia admiten que si el gobierno perdona a los rebeldes, se le imputa la responsabilidad de los daños causados por ellos, interpretando la amnistía como una ratificación a posteriori de los actos realizados por los rebeldes.

2º Si vencen los insurrectos, la doctrina europea admite la responsabilidad del Estado. Esta solución se funda en el hecho de que la victoria de los revolucionarios puede considerarse como una especie de confirmación retroactiva de la acción de los insurrectos, fundada en su éxito final. Son los insurrectos victoriosos a cuyas manos pasa el poder. En general, un Estado que pase por la prueba de un movimiento revolucionario sólo puede considerarse responsable por los actos jurídicos de los revolucionarios, cuando aquéllos acaben por imponerse.⁴¹

Es frecuente la atenuación, y hasta la total exención de la responsabilidad, en consecuencia de un arreglo por vía convencional; diversos Estados se conceden un recíproco perdón. Ocurre también que un Estado (por ejemplo Honduras en 1894) por vía unilateral, se exime de responsabilidad. La exención convencional es frecuente en América latina y se aplicó también en la revolución rusa de 1917 y en la guerra civil española de 1936-1939.

de *Pinson* del 19-10-1923.) Pero el Estado es responsable por medidas especiales y concretas tomadas contra un extranjero, en su calidad de tal, que excedan los límites de lo que puede aceptarse, sin indemnización, por ejemplo: destrucciones militarmente innecesarias, saqueo, homicidio fuera del combate, ejecución sumarísima, requisita acompañada de sevicios, etc. Por ejemplo la ejecución, por milicianos gubernamentales españoles, en 1936, del agregado de la embajada belga en Madrid, *Borchgrave*. El 20-2-1936 el caso fue sometido a la CPJI pero después retirado, el gobierno español abonó la indemnización a Bélgica.

⁴¹ El citado caso de *Pinson*; el caso de *Underhill contra Hernández*, véase además el caso de *Tinoco*.

La Comisión de Derecho Internacional en su proyecto establece que no genera responsabilidad “el comportamiento de un órgano de un movimiento insurreccional” (art. 14/1) pero agrega que surgirá responsabilidad si el movimiento insurreccional se convierte en el nuevo gobierno del Estado (art. 15). Funda esta solución en “la continuidad que existe entre la nueva organización del Estado y el movimiento insurreccional”.

C. Responsabilidad indirecta

La responsabilidad es directa cuando es el propio Estado el que ha faltado a sus obligaciones internacionales; es el caso más frecuente, porque en principio el Estado sólo es responsable de los actos de sus propios órganos. Pero puede haber también responsabilidad indirecta cuando un Estado asume la responsabilidad de una violación del d.i. cometida por otro Estado,⁴² en los siguientes casos:

a) el Estado protector, es responsable por todo lo que es imputable al *Estado protegido*,⁴³ y el Estado mandatario incurría en responsabilidad indirecta por los daños que sufrían terceros Estados o sus súbditos en el territorio sometido a su mandato. La misma norma se extendió a las potencias administradoras por los daños a terceros en los territorios bajo la administración fiduciaria, mientras duró ese sistema desaparecido en 1994.

b) *Los casos reales de responsabilidad indirecta se presentan en*

⁴² Kelsen califica de indirecta la responsabilidad por los actos de los súbditos (1965, p. 103) que en realidad es la responsabilidad directa por omisión.

⁴³ Recordamos que el Estado protegido cedía al protector no sólo toda su capacidad internacional de obrar, sino también en la mayoría de los casos la dirección de su administración interna. Por ejemplo quedaba prácticamente vaciado de toda competencia real, el sultanato de Marruecos a quien se refieren dos fallos. Por lo tanto puede hablarse de una responsabilidad indirecta tan sólo admitiendo la personalidad internacional del Estado protegido que prácticamente quedaba reducida a un *nudum ius*. Lo mismo se aplicó a los mandatos. En esta materia hay un fallo (*caso de Maurommatis*) relativo a Palestina que, aunque se hallaba bajo mandato de tipo “A”, prácticamente carecía de autogobierno.

Las sentencias relativas al protectorado francés en Marruecos fueron el caso de *Súbditos norteamericanos en Marruecos*, fallo de la CIJ del 27-8-1952 y la sentencia arbitral de Max Huber en el caso de las *Reclamaciones británicas en la zona española de Marruecos*, del 1-5-1925

los *Estados federales*. El Estado federal es responsable por los actos cometidos por las provincias dentro de sus competencias, o sea por las comisiones u omisiones de auténticas colectividades estatales que escapan a su control.

Esta situación ha creado dificultades jurídicas; el Estado federal tiene una tendencia natural a evitar su responsabilidad internacional, alegando que carece de medios para forzar la actuación de los gobiernos locales de los Estados miembros. Pero no puede aducir una distribución especial de competencias constitucionales para eludir sus obligaciones internacionales, concretamente la obligación de reparar los daños producidos por actos ilícitos imputables a los Estados miembros.⁴⁴

c) *Responsabilidad del Estado en ocasión de actos de particulares*. Fundamento de esta responsabilidad: Los individuos pueden efectuar actos que afecten adversamente los derechos de otros Estados, pero para que se genere la responsabilidad del Estado, éste debe incurrir en "complicidad" con el autor del hecho, a través de la "*patientia*", o de la omisión, y del *receptus*. Es esa actitud la que genera la complicidad o vínculo de solidaridad con el delincuente.

Pero esta teoría de la complicidad del Estado no explica en forma adecuada la posible responsabilidad del Estado por actos de los individuos. Lo cierto es que sólo surge la responsabilidad estatal cuando "ha dejado de tomar las medidas que, bajo las circunstancias, se debieron haber tomado normalmente para impedir o reparar el hecho o para infligir un castigo por los actos que causaron el daño", o sea cuando hay omisión o negligencia frente al deber de "diligencia"

En el asunto del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, la Corte, en la primera fase declaró responsable a Irán por el delito de omisión, por deficiencias en la prevención del acto cometido por particulares, en la protección del local y de los funcionarios y también en la represión de sus autores. En la segunda fase Irán fue considerado directamente responsable de las actividades realizadas por los militantes en la ocupación de la Embajada y la retención de los rehenes.

⁴⁴ La responsabilidad de EE.UU., ante Canadá, por una omisión del Estado de Missouri, fue confirmada en el caso de las *Aves migratorias*. En 1930, Canadá rechazó su responsabilidad por la provincia de Quebec.

En el caso Nicaragua con Estados Unidos, la Corte “no consideró que la ayuda dada por los Estados Unidos a los “contras” justificaba la conclusión de que esas fuerzas estaban sometidas a los Estados Unidos a tal punto que los actos que ellos han cometido le sean imputables. Estima que los “contras” son responsables de sus propios actos, y que Estados Unidos no es responsable por los actos de los “contras”, sino por su propia conducta respecto de Nicaragua, incluso la conducta relacionada con los actos de los contras”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en sentencia del 29 de julio de 1988 sobre desapariciones en Honduras que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado el autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”.

Otros intentos de codificación de la CDI: Desde que se organizó la ONU, y con motivo de los juicios de Nuremberg y Tokio, se ha procurado encarar el estudio de la definición y regulación de las conductas que califican como crímenes y delitos internacionales. Para codificar estas nociones, producto del desarrollo progresivo del di. la CDI ha propuesto la definición de crimen internacional como: “violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto”. Siempre se trata de una *violación grave*, contra normas que salvaguardan bienes jurídicos trascendentales, como es el caso de las referidas al mantenimiento de la paz y seguridad internacional; o a la libre determinación de los pueblos que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; o a la protección del medio humano, o a la protección de los derechos del ser humano.

Los delitos internacionales pertenecen a una categoría mucho más amplia, con una mayor variedad de conductas que constituyen “ofensas” de menor gravedad que los crímenes.

La CIJ, señala la existencia de “una distinción esencial”.⁴⁵

⁴⁵ CIJ, “Barcelona Traction, Reports, 1970, p.32.

La clave de la diferencia entre crimen y delito no radica en que la norma violada contenga una obligación *erga omnes*, ya que según el criterio de la CDI, hay normas de este tipo cuya violación no constituye crimen internacional.

Por otra parte, la CDI introduce otro elemento relacionado con el derecho penal que es la consecuencia punitiva o sancionatoria que acarrea la conducta ilícita. En consecuencia, el ilícito puede dar lugar a dos tipos de relaciones jurídicas: 1) el derecho a reclamar la reparación; 2) el derecho a imponer una sanción al Estado que ha cometido un crimen internacional. En este último caso el titular del derecho a reclamar la imposición de la sanción no es sólo la víctima sino cualquier Estado.

En el *derecho de la comunidad internacional no organizada*, este derecho sólo puede ser ejercido por medios pacíficos, lo que no implica que se trate de la facultad de ejercer una "actio popularis", ya que ésta sólo la pueden ejercer los Estados que tienen un vínculo jurisdiccional con el Estado infractor. En cambio, en el caso de crimen internacional, cualquier Estado puede reclamar el cese inmediato de la infracción. Esto no ocurre en el caso de los delitos. A su vez, también contribuye a establecer las consecuencias jurídicas de la distinción entre crimen y delito, el fallo de la CIJ en el Caso Namibia en el que se reconoce que los terceros Estados tienen el deber de no condenar el crimen internacional, deben proporcionar ayuda a la víctima directa y deben abstenerse de reconocer la validez de las consecuencias del acto ilícito.

La conveniencia de aplicar represalias no armadas contra el Estado infractor (por ejemplo bloqueo de fondos), sólo se advierte en el marco del *derecho de la comunidad organizada*, es decir con la participación de los órganos de Naciones Unidas. Por ejemplo, en oportunidad de la guerra de las Malvinas, el CS de la ONU no impuso a nuestro país sanciones económicas con base en el art. 41 de la Carta, sin embargo, la CEE y EE.UU. sí nos aplicaron ese tipo de sanciones causándonos graves perjuicios, lo que puso en evidencia el peligro intervencionista, discriminatorio y arbitrario de que los terceros Estados —particularmente las grandes potencias— que se erijan por sí mismas en custodias de la paz ejerciendo una función policíaca.⁴⁶

⁴⁶ Jiménez de Aréchaga, op. cit., p. 46.

71. Reparación

A. Modalidades de la reparación por la infracción de una obligación internacional.

Las modalidades de la reparación son: la restitución, la indemnización o la satisfacción.

Es la jurisprudencia internacional la que ha establecido los principios básicos que regulan este instituto.

La CPJI: "... la reparación, debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto. La restitución en especie, o, de no ser ésta posible, el pago de una cantidad correspondiente al valor que tendría la restitución en especie, o sea una indemnización de daños por la pérdida sufrida sí ésta no resulta cubierta por la restitución en especie o por el pago en lugar de ella. Esos son los principios que deben servir para determinar el monto de la indemnización debida por un acto contrario al Derecho internacional".⁴⁷

En el asunto del personal diplomático de Estados Unidos en Teherán la Corte ordenó "que Irán debe cesar inmediatamente la detención ilícita del personal diplomático y consular de Estados Unidos". En el caso de Nicaragua decidió "que Estados Unidos tiene el deber de cesar y abstenerse de ejecutar los actos" de intervención, de violación de la soberanía y de empleo de la fuerza contra Nicaragua.⁴⁸ El relator del tema de la responsabilidad internacional ante la CDI, Arangio Ruiz, no se manifestó proclive a aceptar las dificultades internas como justificativos para impedir la restitución en especie, pero sí acepta a la excesiva onerosidad que pueda tener en algún caso la restitución en especie como eximente de esta modalidad. Tampoco procede cuando resulta impracticable, debido a la explotación excesiva que se ha hecho de un bosque, como en el caso del bosque de Rhodopsia.

El Estado reclamante tiene la opción de elegir la modalidad de la

⁴⁷ CPJI, caso Chorzow, sent. del 13-9-1928.

⁴⁸ Comentando estos fallos, Arangio Ruiz señaló que cuando se trata de ilícitos de carácter continuado, o sea aquellos que se extienden en el tiempo, la primera obligación del Estado infractor, y la primera exigencia a formular por el Estado lesionado, consiste en el cese inmediato del acto ilícito, como algo diferente y previo a la reparación.

reparación, sea esta una restitución o una indemnización, salvo que exista violación de una norma de "*jus cogens*" como una ocupación de territorio. Tampoco corresponde la restitución en caso de nacionalización de bienes o de empresas, pero sí se debe indemnizar.⁴⁹

Otras consecuencias del ilícito: Para el profesor Riphagen, segundo relator del tema de la responsabilidad internacional en la CDI, existen otras consecuencias del acto ilícito:

1) la exigencia de la no repetición del hecho ilícito mediante garantías.

2) las medidas de no renovación de la política de agresión, la desmilitarización de ciertos territorios, u otras medidas similares en los términos del artículo 53 de la Carta de Naciones Unidas.

3) la suspensión, por vía de reciprocidad, del cumplimiento de obligaciones que correspondan o estén directamente relacionadas con la obligación violada.

Salvo casos excepcionales, la responsabilidad internacional no tiene carácter penal, sino análogo a la responsabilidad civil; por lo tanto, la reparación no ofrece carácter punitivo, sino compensatorio⁵⁰ y consiste en:

1) Satisfacciones de orden moral (excusas, saludo a la bandera en caso de una ofensa, etc.,⁵¹ sobre todo cuando la víctima del atropello es el propio Estado y no uno de sus súbditos. Se acompañan con sanciones internas administrativas o disciplinarias contra los funcionarios responsables.

2) Restablecimiento de las cosas a su primitivo estado (*restitutio ad integrum*)⁵² como, por ejemplo, la derogación de una ley o un decreto contrarios al derecho internacional.

⁴⁹ En el asunto Chorzow Alemania empezó reclamando restitución de la usina y luego optó por una compensación pecuniaria.

⁵⁰ El tribunal arbitral rechazó, en la sentencia del 30-6-1930, la reclamación portuguesa contra Alemania, porque lo que pedía Portugal no era una indemnización sino más bien "una sanción, pena para un Estado culpable, inspirada por la idea de retribución, admonición e intimación", lo que no incumbía a un tribunal arbitral.

⁵¹ La comprobación, de que la soberanía de Albania fue violada por la armada británica constituye por si misma una adecuada satisfacción (Sentencia de la CIJ en el caso de Estrecho de Corfú, del 9-4-1949).

⁵² "El principio esencial es que la reparación debe, en la medida de lo posible, hacer desaparecer todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que previsiblemente existiría si el acto no hubiera sido cometido: (Del fallo de la CPJ en el caso de Chorzow del 13-9-1928).

3) Si esto no es factible puede consistir en una indemnización pecuniaria; esta es, dicho de paso, la forma más frecuente de reparación.⁵³

La reparación debe ser idéntica al perjuicio: la justa compensación implica el restablecimiento completo del *statu quo*.⁵⁴ Vale decir que la reparación no debe ser inferior al perjuicio ni superior. Concretamente la reparación debe no sólo cubrir todo el perjuicio, sino compensarlo en su integridad, es decir que a la indemnización que corresponde por el propio daño debe agregarse lo que el perjudicado dejó de ganar, o sea el lucro cesante.

También se compensan los perjuicios extrapatrimoniales, los corporales, los resultantes de la detención o expulsión arbitraria y los daños morales. En diversas ocasiones los árbitros han fijado reparaciones especiales como compensación de sufrimientos morales de la víctima del daño. Hubo muchos abusos en esta materia (véase N° 79).

Además del daño principal que causó el acto ilícito, la víctima sufre un perjuicio complementario, si transcurre un lapso prolongado entre la comisión del acto dañino y su reparación definitiva, durante el cual la víctima está privada de un determinado bien y de su compensación monetaria. Por analogía con el derecho interno, la jurisprudencia internacional admite la reparación de esta clase de perjuicios, mediante el pago de intereses especiales.⁵⁵

No existe una solución uniforme en la determinación del momento a partir del cual son pagaderos los intereses: puede ser la fecha de comisión del daño, la de formulación de la reclamación o la de la sentencia. Tampoco hay normas que determinen hasta cuándo deben pagarse intereses: hasta el momento del pago efectivo de la reparación, o hasta otra fecha.

Pero la reparación tampoco puede ser mayor que el perjuicio, porque el acto ilícito no debe ser una fuente de enriquecimiento para

⁵³ "Restitución natural o, si esta no es posible, pago de un importe correspondiente al valor que tendría la restitución *in natura*" (terminación de la citación precedente). Diversas responsabilidades de los Estados no se distinguen unas de otras por diferencias esenciales. Todas se resuelven o pueden resolverse mediante el pago de una suma de dinero". (Sentencia del TPA, del 11-11-1912, sobre la indemnización de guerra que Turquía tenía que pagar a Rusia).

⁵⁴ Sentencia del TPA de 13-10-1922 en el caso de *Requisición de los barcos noruegos*.

⁵⁵ La sentencia del Tribunal Permanente de Arbitraje subraya la uniformidad de la jurisprudencia interna en esta materia, que existía en aquel entonces.

la víctima.⁵⁶ Por lo tanto los árbitros rechazan por lo general la indemnización por los perjuicios indirectos accesorios al perjuicio principal.

B. Codificación

En el año 1996 la CDI analizó todo el proyecto sobre responsabilidad internacional, cuyos 60 artículos subdividió en tres partes, la primera sobre el origen de la responsabilidad internacional que comprende cinco capítulos; el primero sobre principios generales, el segundo sobre acto de Estado en el derecho internacional, el tercero sobre incumplimiento de una obligación internacional, el cuarto sobre participación de un Estado en el acto internacionalmente ilícito de otro, y el quinto sobre las circunstancias que excluyen la ilicitud. La segunda parte se refiere al contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional y comprende cuatro capítulos: principios generales; derecho del Estado lesionado y obligaciones del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito; contramedidas y crímenes internacionales. La tercera parte se refiere a la solución de controversias.

Respecto al *origen de la responsabilidad internacional*, el principio general establece que la responsabilidad se deriva del daño y no del incumplimiento de la obligación.

El capítulo de esta primera parte que más se debatió fue el tercero. Con relación al art. 19 que diferencia entre delitos y crímenes internacionales, se expresaron tres opiniones diferentes: 1) La distinción debe basarse en la gravedad de las consecuencias y el alcance del daño causado a otros Estados y a la comunidad internacional (este último criterio compartido por la CIJ); 2) la noción de crimen de Estado requiere un examen más detenido para determinar las consecuencias de un acto internacionalmente ilícito que lesione intereses fundamentales de la comunidad internacional; 3) el concepto de crimen de Estado debe suprimirse por discutible, perturbador e inútil y además porque las sanciones del derecho penal no son aplicable a los Estados. Se advirtió que el concepto de criminalidad estatal era impracticable. Los que formularon estas observaciones consideraban que era preferible

⁵⁶ Rousseau señala el desarrollo de la doctrina internacional en esta materia (1966, p. 510) a través de los fallos en los casos de *Alabama* de *Nautilus* en 1928 y 1930, de *Eagle Star* en 1931 y de *Interrocean Transportation Co.* en 1931.

que la comisión se ocupase de las consecuencias del concepto conexo de obligación *erga omnes* en la responsabilidad de los Estados. Respecto al capítulo quinto, o sea a la circunstancias que excluyen a la ilicitud, debía tenerse en cuenta el fallo de la CIJ de 1986, según el que la legalidad de la reacción frente a la agresión dependía del respeto a los criterios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de legítima defensa, en el caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua.⁵⁷

La segunda parte sobre el contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional, de acuerdo al debate de los miembros y a la opinión de los gobiernos refleja la práctica internacional y los principales elementos teóricos del d.i. El principio general es el de la ley especial.

Surgieron problemas con relación al artículo 39 que lo consideraron discutible y superfluo porque el artículo 103 de la Carta de la ONU estipula que las disposiciones de la Carta prevalecen sobre las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro instrumento jurídico internacional.

También se dijo que la responsabilidad en virtud del d.i. no es ni civil ni penal, sino simplemente internacional y en consecuencia específica. El Capítulo III sobre contramedidas también recibió severas críticas. El principal problema radica en que la contramedida se encuentra en el umbral de la legitimidad; se señaló la posibilidad de su uso indebido (abuso); se advirtió que las contramedidas colectivas pueden favorecer la política de los poderosos contra los débiles. Las contramedidas colectivas solo podían ser adoptadas por organizaciones internacionales, diferenciándose el término sanción de contramedida. Muchos autores preferían que el tema en general fuese tratado fuera del proyecto de articulado.

En cuanto al capítulo cuatro referido a los crímenes internacionales, además de la cuestión de fondo, o sea la de determinar los casos en que se hubiera lesionado a la comunidad internacional, el debate llegó a la conclusión de que el concepto de crimen internacional debía excluirse de los artículos relativos a la responsabilidad de los Estados. Debido a que esa noción está sujeta a manipulación política y se convertiría en fuente de discordia entre los Estados. En cuanto a la sanción correspondiente, la calificación podía justificar la imposición de sanciones graves a todo un pueblo por culpa de los actos ilícitos

⁵⁷ Nicaragua contra EE.UU., fondo del asunto, Report, 1986, p. 14.

cometidos por su gobierno, con lo que se comprometería la seguridad y la estabilidad internacional.

La tercera parte sobre solución de controversias incluye procedimientos de solución gradual en los que se atribuye gran importancia a la solución pacífica de las controversias causadas por actos internacionalmente ilícitos. Se trata en general de procedimientos obligatorios, con lo que se considera un avance en el desarrollo progresivo del d.i. También se prevé la aplicación del procedimiento de conciliación para lo que se crea una comisión de conciliación y además, en el artículo 58, se estableció el procedimiento obligatorio de arbitraje. Algunos Estados señalaron que no se podía obligar a los Estados a someter sus controversias a un tribunal arbitral. Finalmente, el art. 60 establece la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional. En 1995 la CDI en su informe señaló que el avance sobre este tema ponía en evidencia la interdependencia existente entre la economía, la ecología y el derecho. En materia de la obligación de no causar daño al medio ambiente, la CDI verificó el carácter general del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*. La preocupación por estos actos se advertía en el Consejo de Europa y en la Unión Europea, además científicamente se verificó un creciente número de actividades que entrañaba la utilización de materiales o sustancias peligrosas con posibles efectos transfronterizos. La CDI consideró la vinculación de este tema con el de derecho de uso de los cursos de aguas internacionales y contempló el impacto de la codificación de este tema en los países en desarrollo. (Se reavivó el debate sobre los límites del crecimiento.)

Aclaró que la obligación de prevención del daño transfronterizo no era de resultado sino de intentar impedir un daño de conformidad con el principio de la diligencia debida. Debatío además la posibilidad de extender al derecho internacional los principios de la responsabilidad objetiva propia del derecho civil.

CAPÍTULO IV

INDIVIDUO

SECCIÓN XVII: Nacionalidad

SECCIÓN XVIII: Protección internacional de la persona humana

SECCIÓN XIX: Subjetividad internacional de la persona humana

SECCIÓN XVII

NACIONALIDAD

72. Concepto. 73. Derecho internacional e interno. 74. Nacionalidad primaria y secundaria. 75. Nacionalidad múltiple. 76. Personas jurídicas: estado de paz. 77. Personas jurídicas: estado de guerra. 78. Soberanía personal.

El mundo finisecular, en el que impera la globalización no ha afectado el vínculo jurídico del individuo con su Estado Nacional. Si bien en muchos aspectos, y en gran medida por efecto del salto tecnológico en materia de comunicaciones, se está produciendo la transnacionalización de elementos culturales, ello no afecta los lazos políticos que crea la nacionalidad.

No obstante es interesante observar la evolución que se sufre en algunas regiones, particularmente en Europa, donde se procura el establecimiento de una nacionalidad europea, pero más como una iniciativa política de los líderes de la comunidad, que como resultante de un reclamo de los pueblos que conforman la Unión.

Por el contrario, en Europa Oriental el derrumbe del régimen soviético, o comunista dio lugar al desmembramiento de Estados aparentemente cohesionados por la ideología política, como la ex URSS, y Yugoslavia, por la afloración de los reclamos de diferentes grupos nacionales.

La fuerza de la unidad nacional fue factor determinante de la unificación alemana, en Vietnam, y actualmente, aunque con dificultades en Corea. En el proceso de devolución de Hong-Kong a China, se consideró el principio de la integridad territorial de China, y el peso político del reclamante. Pero sin duda los vínculos de nacionalidad existentes con el grueso de la población facilitaron el proceso operado el 1/7/1997.

72. Concepto

La población de un país se divide jurídicamente en tres categorías: los nacionales, los extranjeros y los apátridas. Los nacionales, súbditos del Estado, constituyen la abrumadora mayoría de la población. Los

extranjeros radicados son numerosos en los países de inmigración, mientras que países con curiosidades turísticas y buenas universidades, tienen una masa fluctuante de extranjeros. Los apátridas aparecen en un número más elevado a consecuencia de graves conflictos internos en otros países, especialmente vecinos.

La nacionalidad tiene un doble sentido:

1) El jurídico, o sea un vínculo real y permanente de una persona con un determinado Estado.

2) El sociológico, que es el vínculo con un grupo humano, denominado por lo general nación, nacionalidad o pueblo, grupo que está unido por numerosos lazos del pasado histórico, la cultura, el idioma, la raza y con frecuencia también, la confesión.

Aunque en la presente obra nos ocuparemos de la nacionalidad como vínculo jurídico, debemos referirnos también al segundo concepto aunque es desconocido en Europa occidental, excepto España.¹

En cambio en Europa central y oriental; se diferenciaron los dos conceptos de la nacionalidad. Esta dualidad se expresa claramente en Alemania por un lado la pertenencia del Estado, y por otro la pertenencia del pueblo. Por ejemplo, de 1795 a 1919 el polaco fue súbdito ruso, austríaco o prusiano y sin embargo, nunca dejó de ser polaco miembro de un grupo sociológico que continuaba a pesar del cambio de las fronteras estatales. La nacionalidad en sentido étnico era incluso reconocida por Estados como Austria a través cédulas de identidad, sistema electoral, etc.²

La nacionalidad es un vínculo permanente pasivo con un Estado mientras la ciudadanía, concepto de derecho constitucional, es un vínculo activo que confiere derechos políticos. Por lo general estos conceptos coinciden, pero no siempre. Por ejemplo los habitantes de una colonia son súbditos de la potencia colonial pero no ciudadanos.³

¹ Durante toda la edad media, Borgoña constituía un estado prácticamente distinto de Francia; Gascuña fue sometida por la fuerza después de la victoria sobre los valdenses y albigenses; los bretones, vascos, flamencos y valones hablaban idiomas distintos, y, sin embargo ellos, además de ser súbditos franceses a secas, eran integrantes de una sola nación en el sentido sociológico.

² Se califica de "austríacos" a las personas, cuyos antepasados, ucranios y polacos de Galitzia, inmigraron, desde los fines del siglo pasado, como ciudadanos austríacos.

³ Para oponerse a las tendencias emancipadoras en sus colonias, Portugal las consideraba, jurídicamente, como parte del territorio metropolitano. También Argelia era considerada, hasta su emancipación, como parte del territorio francés.

En el pasado en los Estados donde existían jurisdicciones consulares, los funcionarios y empleados de las embajadas y consulados gozaban de la protección del Estado que ejercía la jurisdicción consular. Este beneficio también lo recibían sus familiares e incluso sus dependientes. Eran habitantes del Estado de residencia, que quedaban sustraídos de hecho a la autoridad de ese Estado, quedando bajo la protección del Estado de su nacionalidad.⁴

73. Derecho internacional e Interno

En principio el d.i. confía a los propios Estados la libre promulgación de normas acerca de la adquisición y pérdida de su nacionalidad; pero esto no significa que el d.i. no imponga limitación alguna en este punto.⁵ El Estado no puede imponer su nacionalidad a todos los residentes y suprimir unilateralmente en su territorio todo el d.i. de extranjería. La nacionalidad debe corresponder a un vínculo real y permanente y éste es el principio general. Los Estados pueden elegir entre varios criterios para determinar la nacionalidad de sus habitantes, pero la opción queda limitada a vinculaciones auténticas, reconocidas con carácter general.⁶ Admite este principio el convenio de 1930,⁷ relativo a conflictos de leyes sobre nacionalidad.

También la pérdida de la nacionalidad pertenece al ordenamiento jurídico interno; sin embargo el d.i. limita esta competencia estatal por medio de los convenios internacionales, de la costumbre internacional y de los principios generales.⁸

Una declaración de nacionalidad hecha por un Estado dentro de

⁴ En 1863, Turquía promulgó un reglamento a fin de poner coto a esta práctica abusiva. En 1880 las potencias firmaron, en Madrid, un tratado que limitó a España con respecto de Marruecos. El Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya aplicó, por analogía, este tratado al sultanato de Mascate, en 1905.

⁵ Sentencia de la comisión mixta mejicano-estadounidense en el caso Solís.

⁶ Adoptó esta opinión el proyecto de la Escuela de Derecho de Harvard, en 1929.

⁷ Según el art. 10 del convenio sobre la nacionalidad, celebrado en La Haya en 1930 (que entró en vigencia en 1937), "pertenece a cada Estado determinar por su legislación, quienes son sus nacionales. Los demás Estados deben admitir esta legislación, si ella está de acuerdo con los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho reconocidos en materia de nacionalidad".

⁸ En el sentido del art. 38 del estatuto de la CIJ.

una competencia internacional tiene efectos jurídicos con respecto a los demás Estados y les es oponible. Pero si se otorga la nacionalidad en transgresión de los límites que impone a los Estados el d.i. no tienen porqué reconocerla los demás Estados y ningún órgano internacional. Sólo podrá tener efectos internos en el Estado que la concedió mientras otro Estado no reclame que la medida sea anulada; Véase sección II, 16.

La nacionalidad se acredita en primer lugar con un certificado oficial de las autoridades nacionales; pero como medio de prueba este certificado puede ser impugnado. Los demás Estados tienen derecho a examinar no sólo la autenticidad del documento sino que pueden confrontarlo con el ordenamiento jurídico del respectivo Estado e incluso con el d.i. Un Estado no puede quedar absolutamente vinculado con el acto administrativo de otro, y lo mismo ocurre con los órganos jurisdiccionales internacionales.

74. Nacionalidad primaria y secundaria

De la práctica internacional y la jurisprudencia arbitral, se deduce que los Estados pueden otorgar su nacionalidad a personas que con ellos tienen una relación real y estrecha: la filiación o el nacimiento en el territorio estatal. Por eso los Estados optan entre estos dos criterios y fundan su nacionalidad primaria en uno u otro criterio, o la combinación de ambos.

En la práctica los Estados de inmigración están interesados en la rápida integración del heterogéneo elemento inmigratorio; por lo tanto optan por el *ius solis*, para que adquieran su nacionalidad todas las personas nacidas en el territorio nacional, incluso los hijos de los inmigrantes o apátridas. No tienen el mismo interés otros países, que incluso aspiran a objetivos como la protección del mercado nacional del trabajo contra la competencia extranjera, por lo que optan por el *ius sanguinis*. Incluso los países europeos altamente industrializados que necesitan mano de obra extranjera, no están dispuestos a otorgar la nacionalidad a los inmigrantes de color, para evitar la mestización. El criterio de *ius solis* sería particularmente absurdo en los países típicos: no tendría sentido el otorgar, por ejemplo, la nacionalidad suiza a todos los extranjeros que nacieron en Suiza mientras sus padres visitaban aquel país.

Sin embargo, a veces chocan los dos criterios que abanderan las políticas demográficas de dos Estados. Por ejemplo, Francia, en la época

de la baja tasa de crecimiento vegetativo, estaba interesada en que tengan la nacionalidad francesa los hijos de numerosos inmigrantes italianos. Como esto no convenía a Italia, aquel país construyó a lo largo de la frontera italiana una serie de maternidades fácilmente accesibles para las inmigrantes italianas. Una disparidad semejante de intereses demográficos se manifestaba entre Italia y la Argentina.

Como la adquisición primaria de la nacionalidad, tampoco la secundaria puede fundarse en una legislación nacional arbitraria, sino que debe corresponder a un vínculo estrecho y permanente que adquiere un extranjero con su país de residencia. Puede ser el matrimonio de una extranjera con un nacional, o el ejercicio de una función pública; la naturalización es consecuencia de una decisión espontánea de radicarse en el país, en la opción que plantea el estado de residencia.

Dentro de este marco deben ubicarse dos normas nacionales. En el pasado, una extranjera adquiría automáticamente la nacionalidad de su marido, según la mayoría de las legislaciones; ahora por lo general conserva su nacionalidad primaria. El Estado no puede imponer la nacionalidad compulsivamente a todos los extranjeros después de una breve residencia, pero si puede plantear, ante un residente permanente, la disyuntiva: naturalización o abandono del país; pues una prolongada permanencia arraiga a una persona en el país donde reside, aflojando simultáneamente los lazos con su país de origen. No puede imponerse la nacionalidad a un extranjero solamente porque posee los bienes inmuebles en el país.

La adquisición secundaria de la nacionalidad requiere al libre consentimiento (por los menores, del padre o tutor), salvo el caso de la cesión del territorio de un Estado. Sin embargo se concede, por lo general, a la población local, la facultad de optar entre las dos nacionalidades, pero quien conserva su nacionalidad anterior, debe abandonar el territorio cedido (Véase N^o 35 A).

75. Nacionalidad múltiple

La misma persona puede tener una múltiple nacionalidad a consecuencia de un conflicto positivo de nacionalidades. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el hijo de un extranjero adquiere *jure sanguinis* la nacionalidad del padre y al mismo tiempo, *jure solis* la del Estado en donde nace; o cuando una extranjera adquiere la nacionalidad de su marido, sin perder la suya anterior.

Para solucionar conflictos de esta índole existen dos principios de derecho internacional:

1) La persona que tenga varias nacionalidades puede considerarse súbdito de los respectivos Estados, pero ninguno de ellos puede protegerla frente al otro.⁹

2) La persona que tiene varias nacionalidades, sólo podrá protegerse en aquel Estado en cuyo territorio reside o con el que tenga en general una relación efectiva más estrecha. Este principio de la nacionalidad efectiva ha sido confirmado por la jurisprudencia¹⁰ y desarrollado por el derecho convencional. Una serie de tratados limitan el deber del servicio militar de las personas con múltiple nacionalidad, en favor del Estado en el que están domiciliadas.

Mientras la múltiple nacionalidad resulta del conflicto positivo entre distintos criterios a los que los Estados subordinan la adquisición primaria de la nacionalidad, el conflicto negativo da como resultado la apátrida. Pero como esta situación puede tener también otras causas, las estudiamos en el punto 81 D.

En el derecho de guerra y de neutralidad se plantea la cuestión de quienes deben considerarse como súbditos enemigos. En esta materia el derecho de paz tolera algunas situaciones ficticias o casi ficticias, pero no así el derecho de guerra, especialmente el anglosajón que en cuanto a las personas de existencia visible sustituyó el criterio de nacionalidad por el de residencia. Consideró súbditos enemigos a los súbditos neutrales con residencia permanente en un país enemigo; véase N° 120 C.¹¹

Las situaciones ficticias se presentan de modo mucho más patente en cuanto a las personas jurídicas.

La nacionalidad es una de las condiciones del endoso de la demanda por responsabilidad internacional. La hipótesis normal es aquella en

⁹ Art. 40 del Convenio de La Haya de 1930.

¹⁰ Aplicaciones de este principio: sentencia del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya de 1912 en el caso de Canevaro y del Tribunal Mixto mejicano-alemán de 1926. No lo aplicó el Tribunal Arbitral norteamericano-egipcio en su sentencia de 1932.

¹¹ Este criterio no carece de cierto fundamento. Como bajo el régimen del *ius sanguinis*, los hijos de los inmigrantes no adquieren la nacionalidad del país de residencia, puede conservarse durante generaciones esta clase de divorcio entre el lazo sentimental con el país de residencia y la relación con el país de origen, reducida a lo formal: el pasaporte.

que la protección diplomática deriva de la nacionalidad: “A falta de acuerdos especiales, únicamente el vínculo de la nacionalidad otorga al Estado el derecho de protección diplomática”, ha afirmado el TPJI. El ejercicio de la protección diplomática de los súbditos se halla sujeto a dos reglas fundamentales: el protegido debe tener la nacionalidad en el momento del endoso y debe conservarla hasta la terminación de la reclamación. (Véase N° 80 D a).

En el caso de existir doble nacionalidad, no puede protegerse a un reclamante frente a su propio Estado. Según otra teoría, de la nacionalidad efectiva, el juez o el árbitro deben buscar la nacionalidad de hecho del interesado, es decir, deben tomar en consideración el conjunto de circunstancias de hecho —su idioma, actitud personal, domicilio o residencia, lugar de trabajo, nacionalidad de la esposa, prestación del servicio militar, etc.—, que permitan determinar su vínculo real con uno u otro Estado.¹²

La *prueba de la nacionalidad* plantea, con frecuencia, un dilema delicado: el juez internacional ¿ha de aceptar las pruebas de la nacionalidad que presenta el propio demandante proporcionadas por las autoridades del país al que dice pertenecer (certificados de nacionalidad, certificados consulares, decisiones judiciales internas, etc.), o, por el contrario, ha de comprobar por sí mismo las pruebas de nacionalidad que le son presentadas? Según la jurisprudencia, la nacionalidad del reclamante queda determinada por el derecho interno del Estado a que él dice pertenecer, pero el juez internacional o árbitro tiene derecho a investigar si el reclamante posee, realmente, la nacionalidad que alega y por ende, investigar la documentación presentada.

El individuo pierde el derecho a la protección si renuncia a la nacionalidad. Pueden distinguirse dos clases de renunciaciones: por un lado, la renuncia expresa, que resulta de la expatriación; por otro, la renuncia tácita que puede causarse, según la apreciación del Estado reclamante, por la prestación del servicio militar en el extranjero, la aceptación de cargos públicos o de títulos honoríficos en otro país, la residencia prolongada del naturalizado en el extranjero,¹³ la falta de inscripción en el plazo establecido o de presentación al cónsul de su nación en caso de estadía prolongada en el exterior, etcétera.

¹² Fallos arbitrales en los casos de Canevaro (3-5-1912) y Salem (8-6-1932), y en el fallo de la CIJ, en el caso de Nottebohn (6-6-1955)

¹³ Caso Canevaro, ya citado.

76. Personas jurídicas: estado de paz

Queda fuera de duda la nacionalidad de las corporaciones de derecho público. Es fácil establecer por ejemplo, que la comuna del Tigre es de nacionalidad argentina y la de Maldonado, uruguaya. Pero es más controvertida la nacionalidad de las compañías comerciales. Las opiniones expresadas en esta materia se dividen en dos categorías fundamentales. Por un lado el criterio del domicilio de la sede social¹⁴ y, por otro el del control, o sea la nacionalidad según la mayoría de los accionistas o de los directivos.¹⁵

La nacionalidad de los barcos y aviones se determina según el territorio en que han sido matriculados, el criterio de la matrícula (o de la bandera, tratándose de los barcos).

La protección diplomática se extiende también a las personas morales, tanto privadas (asociaciones, sociedades), como públicas (entidades administrativas). A este problema general está vinculada la cuestión de la protección de los accionistas, con prescindencia de la protección de las sociedades a las que pertenecen.

En lo que atañe a las sociedades, que constituyen la categoría más importante entre las personas jurídicas, el d.i. les atribuye una nacionalidad, lo mismo que en el derecho interno. En la determinación de la nacionalidad de las sociedades, falta unanimidad de criterio entre las distintas legislaciones.

La asimilación de las personas morales a las físicas en cuanto a la aplicación de la protección diplomática ha sido consagrada por la jurisprudencia internacional, en el caso de las personas de derecho público y de derecho privado.

En un país cuya legislación adopta la sede social como criterio para determinar la nacionalidad de las compañías, el Estado a cuyos súbditos pertenece el capital de una sociedad, carece de derecho para otorgarles la protección diplomática contra medidas del gobierno local. Para obviar esta dificultad jurídica, fue construida, en la época de apogeo del capitalismo a fines del siglo pasado, en los países exportadores de capital, la llamada *teoría de la realidad jurídica*, que proporciona a los gobiernos de los mencionados Estados una fundamentación jurídica

¹⁴ La CPJI lo confirmó, en la sentencia del 25-5-1926, a propósito de la ciudad de Ratibor (caso de Ciertas reclamaciones alemanas en Alta Silesia).

¹⁵ Sentencia de la Comisión Mixta anglo-mexicana en el caso de Madera Co.

para proteger diplomáticamente las actividades de sus compañías en el extranjero.¹⁶

Desde el punto de vista doctrinal, la negación —propia de Duguit y su escuela— de las personas morales (que no serían otra cosa que una ficción jurídica), afirma que detrás de esta pantalla ficticia se ocultarían los elementos reales: los individuos y los capitales. Y llega a la conclusión de que el gobierno está facultado para proteger los capitales que provienen de sus súbditos sin detenerse ante la —ficticia— barrera legal que es la nacionalidad de la Sociedad.

Desde la perspectiva axiológica, detrás del “supuesto realismo” no es difícil divisar el individualismo que negaba el aspecto institucional de la empresa (en este caso de una sociedad comercial) arraigado en el derecho mercantil contemporáneo. Los objetivos prácticos que tenía en vista la citada teoría eran obvios: sustraer las compañías de la competencia de los Estados en cuyos territorios operaban, sometiéndolas a la protección de los Estados exportadores de capitales. Era una forma jurídica de la llamada diplomacia del dólar (de la libra esterlina, del franco, etc.), propia del deslinde entre los siglos XIX y XX.

Los árbitros admitieron en forma restrictiva la protección diplomática de los accionistas, limitándola a las sociedades cuyo capital se hallaba en manos de los súbditos del Estado reclamante.¹⁷

77. Personas jurídicas: estado de guerra

Especialmente durante el estado de guerra, el criterio continental de la sede social se contrapone al criterio anglosajón del control financiero. El primero meramente formal, se basa en el hecho de que la compañía está fundada de acuerdo al derecho comercial del respectivo país. Pero ocurre con frecuencia que una compañía extranjera carece inclusive de lazos con el país en que tiene su sede. No explota sus recursos ni abastece su mercado. Elige su sede únicamente por razones fiscales, en un país con bajas cargas impositivas.

Desde el punto de vista internacional, esto no tiene mayor importancia durante la paz, pero sí durante la guerra, cuando el Estado beligerante tiene el derecho consuetudinario de apropiarse de los barcos

¹⁶ Véase Reuter, 1962, p. 154.

¹⁷ Sentencia de la CPJI. en el asunto de los intereses alemanes en Alta Silesia.

enemigos; derecho que paulatinamente se extendió también a otra clase de propiedades. Por ejemplo, durante las dos guerras mundiales, podía esperarse que Alemania se apropiara de un barco amarrado en el puerto de Hamburgo, aunque enarbolara la bandera de un Estado neutral, si fuera público y notorio que el barco era propiedad británica o francesa.

Cabe agregar que durante la Segunda Guerra Mundial casi todos los Estados beligerantes aplicaron un criterio muy amplio en la determinación de los súbditos enemigos para ciertos propósitos. Prohibieron las relaciones económicas con todas las personas residentes en el territorio enemigo, con las controladas por el enemigo y con los ciudadanos enemigos residentes en los países neutrales. En 1915, EE.UU. protestaba contra una interpretación tan extensiva del concepto de súbdito enemigo, pero la adoptó durante la Segunda Guerra Mundial.

Como este concepto era muy complejo, resulta difícil para los nacionales tener bien claro si tal o cual firma extranjera era considerada como enemiga. Para evitar la confusión, el gobierno británico publicó, en 1915, las "listas negras" de las personas que consideraba como enemigas. Otros Estados beligerantes siguieron esta práctica.¹⁸

Es de una complejidad particular la cuestión de la *nacionalidad del buque*.

Antes de la primera guerra mundial, se admitía como criterio único el del pabellón: se consideraba enemigo el barco que navegaba con pabellón enemigo, aunque su propietario fuera neutral y, en cambio, se consideraba neutral al navío que viajaba con pabellón neutral aunque su propietario fuera enemigo. Sin embargo, esta regla no se aplicó siempre del mismo modo. En los Estados continentales europeos se tomaba en cuenta un doble criterio: el del pabellón y el de la nacionalidad del propietario del navío.¹⁹ Para los anglosajones el pabellón no tenía otro valor que una simple presunción; observaron

¹⁸ "Una jurisprudencia preponderante de tribunales arbitrales reconoce la posibilidad de distinguir entre los socios, por una parte, y la sociedad por otra. El d.i., que en esta materia se inspira esencialmente en el principio de equidad, no ha establecido ningún criterio formal para otorgar o denegar la protección diplomática a intereses nacionales vinculados a intereses pertenecientes a personas que poseen diferentes nacionalidades, (de la sentencia arbitral de Max Huber en el caso de Relaciones británicas relativas a la zona española de Marruecos).

¹⁹ La bandera neutral desempeñaba un papel decisivo sólo si se comprobaba que el barco tuvo el derecho de enarbolarla.

también este criterio inglés EE.UU. y Japón. Según algunos autores (Hall, Holland), el criterio del pabellón no era aplicable cuando se demostraba que el propietario del barco²⁰ tenía la nacionalidad enemiga.

La Declaración de Londres de 1909, atribuyó al pabellón validez irrefutable (art. 57). En los comienzos de la Primera Guerra Mundial estas disposiciones fueron aplicadas por los aliados. Pero ante la actitud de Alemania, que compraba barcos extranjeros para hacerlos navegar bajo el anterior pabellón neutral, las potencias de la entente abandonaron el sistema consagrado por la Declaración de Londres.²¹ Finalmente, el gobierno británico y el francés rechazaron las presunciones absolutas que admitía dicha declaración.²²

La jurisprudencia británica de la Segunda Guerra Mundial seguía manteniendo la tendencia tradicional de considerar como enemigos el mayor número posible de barcos, a fin de eliminar cualquier fraude en perjuicio de los apresadores. Para lograr tal fin, la jurisdicción de presas multiplicaba los criterios de identificación del enemigo, basándose en el pabellón que enarbolaban, en la nacionalidad de los tripulantes, etc. Por otro lado pasaba por alto los derechos que correspondían a los terceros neutrales e incluso a los nacionales, sobre un barco de propiedad o de pabellón enemigo. Asentó esta doctrina la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia británico de 1948 en el caso del taller de flotaje alemán *Unitas*, confirmado en 1959 por el Comité Judicial y el Consejo Privado: "Si un barco enarbola el pabellón enemigo, no le es permitido al armador demostrar ante un tribunal de presa que su verdadero propietario es neutral: pero en cambio, el hecho de enarbolar pabellón neutral no le impide el aprehensor demostrar que su verdadero propietario es enemigo."²³ Desde este punto de vista son ilegales los cambios de pabellón de los buques.

Antes de 1914 la práctica anglosajona admitía que todo cambio se consideraba de mala fe y sin efecto, cuando el barco estaba en el mar o el vencedor se reservaba el derecho de volver a comprar el barco

²⁰ O algunos de los copropietarios del mismo.

²¹ Caso de *American Transatlantic*, de 1949.

²² Según la jurisprudencia posterior a los fines de 1915, los tribunales de presas no debían determinar el carácter neutral o enemigo del buque exclusivamente según el pabellón: el fallo del Tribunal Supremo británico de 1917, respecto al buque *Homborn*, de 1916, sobre *St. Turno*, y de 1918, sobre *Protón*.

²³ Rousseau, 1966, p. 803. Véase Sección XXIX.

después de la guerra. Los arts. 55 y 56 de la Declaración de Londres, consagraron este criterio basado en la buena o mala fe en el momento del cambio del pabellón. O sea, se admite como válido el cambio de pabellón anterior a la iniciación de las hostilidades, si no fue realizado a fin de eludir las consecuencias jurídicas del pabellón enemigo. Pero el cambio de pabellón realizado durante las hostilidades es inválido si no se demuestra que no ha tenido el propósito de eludir la presa.

Durante la Primera Guerra Mundial las normas de 1909 se aplicaban en la jurisprudencia de presas, pero han sido abandonados en el curso de la Segunda Guerra Mundial.

78. Soberanía personal

Los extranjeros se hallan bajo la soberanía territorial del Estado de residencia pero bajo la supremacía personal de su patria. Esto les impone el deber de fidelidad y de obediencia, en cuya virtud la patria puede imponer ciertas obligaciones especiales, en primer término, el servicio militar. En ello se funda la protección diplomática y consular del Estado patrio. La soberanía personal de los Estados sobre sus súbditos existía con anterioridad a la soberanía territorial.

En el caso de la ocupación bélica total del territorio de un Estado por una potencia enemiga, si el gobierno se exilia en el extranjero con parte de sus súbditos, el gobierno en el exilio puede seguir ejerciendo desde allí (con el consentimiento del Estado que le ofreciera hospitalidad) la soberanía personal sobre sus súbditos, aunque ya carece de la supremacía territorial.²⁴ En tal caso, la supremacía personal puede separarse de la territorial²⁵ y, por ello, un gobierno exiliado puede seguir ejerciendo la protección diplomática de sus súbditos en virtud de su soberanía personal.

²⁴ Lo admitió la Cámara de Apelaciones de Roma en el caso de Savini, en 1927; la jurisprudencia estadounidense, en el caso *Moraitis contra Delany*, y la alemana en el caso del Edificio de la misión letona, en 1955.

²⁵ Según Verdross (1963, p. 245), "un gobierno en el exilio, con los súbditos suyos huidos al extranjero es, en cierto modo, análogo a un Estado nómada, puesto que uno y otro poseen una mera supremacía personal. Son Estados sin soberanía territorial...". No corresponde a este concepto la Horda de Oro, Estado nómada que existió en Europa oriental desde el siglo XIII al XV y tenía un territorio fijo, dentro de cuyos límites la población tártara se desplazaba, a lo largo del río Volga, en primavera hacia el Norte y en Otoño hacia el Sur. (Véase el libro de Halajczuk: *Historia de la organización política de Europa Oriental*, Roma 1972, pág. 48-49).

Algunos internacionalistas, incluso de la jerarquía de Kelsen y Verdross, no destacan debidamente la trascendencia de la soberanía territorial. Según Kelsen, se aplican al reconocimiento de un gobierno exiliado los principios generales vigentes en esta materia. Sin embargo, pasa por alto el hecho de que ante la calificación del reconocimiento de un gobierno por el gobierno que le ofreció el refugio, no existe la libre opción entre la teoría constitutiva y la declarativa. Esta clase de reconocimiento no puede tener otro carácter que el constitutivo, porque tan sólo gracias a él puede el gobierno ejercer su actividad en el exilio. Por ejemplo, el gobierno polaco de Londres perdió su status gubernamental en el momento en que el gobierno británico le retiró el reconocimiento, reconociendo al mismo tiempo al gobierno de Varsovia.

Si el gobierno ejerce sus funciones en el territorio nacional, el reconocimiento internacional le atribuye nuevas facultades: por una parte la soberanía personal sobre los nacionales residentes en el territorio del Estado que acuerda el reconocimiento y, por otra, la participación en las relaciones internacionales de carácter político, económico y administrativo. La soberanía personal abarca atribuciones relativamente poco importantes con relación a una pequeña porción de ciudadanos del Estado.

Sucede lo contrario en el caso de un gobierno exiliado.²⁶ Privado de la soberanía territorial, no puede actuar más que en virtud del reconocimiento y de la autorización expresa de las potencias en las que residen sus nacionales, en particular de aquella que le brinda refugio en su territorio. "Sólo en virtud de la buena voluntad de sus aliados, pueden estos gobiernos gozar de independencia fuera del territorio nacional", conforme a los términos con que define Jumeau²⁷ la dependencia de los gobiernos emigrados, del reconocimiento internacional. Según Druker,²⁸ el gobierno exiliado ejerce sus funciones en virtud de su derecho interno, pero la ejecución de sus derechos exige el acuerdo de la potencia titular de la soberanía territorial; este acuerdo se concede, de ordinario, por tratado entre los dos gobiernos, que reglamenta la situación y el funcionamiento del gobierno en suelo extranjero.

Si bien es cierto que puede definirse, con más o menos precisión,

²⁶ Halajczuk, 1950, pág. 119-122; véase además Nº 48 y 126 B, que resumen ciertas partes del citado libro.

²⁷ Jumeau, op. cit., p. 12.

²⁸ Druker, op. cit., 1942, p. 53.

la situación de un gobierno exiliado, su dependencia del gobierno que le brinda hospitalidad es siempre evidente, aún si se encuentra expresada en los tratados bilaterales. Sin el reconocimiento internacional, el gobierno exiliado no es más que una simple organización de particulares, sin atribución alguna de derecho público. Por lo tanto el reconocimiento de un gobierno no constitucional tiene alcance declarativo, y el de un gobierno exiliado, constitutivo.

Inclusive puede plantearse la cuestión de establecer si el ejercicio de la soberanía territorial no es esencial para un gobierno; y, por ende, si un gobierno exiliado, limitado a la soberanía personal, es un auténtico gobierno, órgano de un Estado o, quizás, un sujeto *sui generis* del derecho internacional.

Para terminar, cabe agregar que en el ejercicio de la soberanía personal, el Estado tiene derecho a reclamar a sus súbditos residentes en el extranjero.²⁹ Puede, lícitamente, quitarles la nacionalidad a las personas que han roto toda relación efectiva con su país de origen, y requisar en puertos extranjeros los buques pertenecientes a sus súbditos, con el consentimiento del Estado territorial.³⁰

a) *Régimen de la ciudadanía y la naturalización en la Argentina (ley 23.059):*

1) *Antecedentes:* Nuestro país por ser de baja densidad de población, ha necesitado realizar políticas activas para poblar grandes extensiones del territorio nacional, para lo que adoptó un criterio amplio de reconocimiento de la nacionalidad argentina.

2) *Régimen Legal:* En efecto, el criterio adoptado es el de la adjudicación de la nacionalidad por el lugar del nacimiento, pero también tienen este derecho los nacidos en las legaciones, sedes de las representaciones diplomáticas, aeronaves y buques de guerra argentinos, los nacidos en alta mar o en zona internacional y en sus respectivos espacios aéreos, bajo pabellón argentino; los hijos de padre o madre argentinos que nacieren en territorio extranjero, siempre que el padre o la madre se encontraren en el exterior prestando servicios oficiales para los gobiernos nacional, provinciales o municipales y los

²⁹ Este *ius advocandi* está expresado en la sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU de 1932 en el caso de Blacmer.

³⁰ La sentencia de la Corte Superior de Nueva York de 1942 en el caso de Fields contra Predionika.

nacidos en el extranjero, de padre o madre argentinos nativos, a petición de quien ejerza la patria potestad.

La nacionalidad de segundo grado o naturalización, se puede adquirir cuando así manifiesten su voluntad los extranjeros que residan en el país, de acuerdo a los requisitos que exige la ley vigente (Nº 23.059) sobre ciudadanía y naturalización.

Esta ley, sancionada el 22-3-1984, derogó a la ley de facto 21.795 del 18-5-1978, la que estableció nuevas causales para la pérdida y cancelación de la nacionalidad argentina (Cap. III del Título I) y de la ciudadanía (Cap. II del Título II).³¹ Con la sanción de la ley 23.059 se solucionaron las situaciones arbitrarias que se generaron durante el gobierno militar declarando inválidas y sin ningún efecto las pérdidas o cancelaciones sufridas pero no se unificó en un solo cuerpo legal las disposiciones existentes en la materia.³² La ley 23.059 restituyó en su plena vigencia las leyes 346, 16.801 y 20.835, e indica que conserva vigencia la ley 16.569, el dec.-ley 17.692/68 y el art. 91 de la ley 20.957.

El principio general es que los nacionales y los ciudadanos argentinos gozan de los derechos y quedan sujetos a las obligaciones establecidas en la CN y sus leyes reglamentarias. Todo el régimen de la nacionalidad y la ciudadanía, en cuanto a su atribución, otorgamiento, pérdida y cancelación es de regulación facultativa por parte del Gobierno nacional.

b) La doble nacionalidad en la Argentina: Por ser un país de inmigración, son frecuentes los casos de doble nacionalidad en los que se dan intereses contrapuestos entre el país del territorio, por ej. Argentina, y el país del que son nacionales los padres del interesado, en virtud del *ius sanguinis*. La forma de resolución de estos conflictos es la negociación directa, cuyo resultado se establece en un tratado específico. Así se han resuelto problemas de doble nacionalidad y de cumplimiento de servicio militar con España (ley 18.957 de 1971), con

³¹ Mónica Pinto: La Ley Argentina de Nacionalidad, en Anuario de Derecho Internacional Público, Vol. I. 1981, pág. 75-84. Señala también la autora, que en la jurisprudencia argentina sobre el tema se utiliza los términos ciudadanía y nacionalidad como sinónimos. Mónica Pinto realizó un completo comentario a la sanción y promulgación de la ley 21.795, destacando como positivo que la misma procuraba brindar un "cuerpo normativo único, orgánico y moderno, que legisle sobre todos los aspectos de la nacionalidad y de la ciudadanía con criterio moderno y actual".

³² La ley del gobierno de Alfonsín, dispuso que los afectados por la ley de facto recuperaban su nacionalidad, pero con relación a la ciudadanía, se requería el pedido expreso del interesado, mediante recurso judicial por vía sumaria.

Italia (ley 20.588 de 1973), con Alemania Federal (ley 23.509 de 1987), con Austria (ley 22.417 de 1981), y otros.

La nacionalidad de la mujer está resuelta por el principio de no discriminación contenido en la Constitución Nacional y por la ratificación de la Convención sobre nacionalidad de la mujer, firmada bajo el auspicio de la OEA el 23-8-1957 (ley 14.467 de 1958 y dec.-ley 9982/57).

c) La nacionalidad y la documentación única en el Mercosur: Tanto a nivel del Consejo Mercado Común como en el Grupo Mercado Común se analizó la posibilidad de adoptar una nacionalidad única del Mercosur, tema en el que todavía no se ha avanzado. En cambio, en materia de documentación única, ya hay estudios sobre todo desde el punto de vista técnico, informático y legal.³³

³³ Nuestro país otorga, vía la Policía Federal un documento único que lleva el nombre de Mercosur. En cuanto al pasaporte, solamente queda por resolver el color de la carátula, que para Brasil debe ser verde, mientras que para los demás socios debe mantenerse azul.

SECCIÓN XVIII

PROTECCION INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA

79. Planteo del problema. 80. Protección del extranjero: A. *Fuentes del derecho de extranjería*; B. *Estadía del extranjero*; C. *Derechos civiles*; D. *Protección diplomática*. 81. Expansión: A. *Necesidad*; B. *Intervenciones de la humanidad*; C. *Protección de minorías*; D. *Protección de los refugiados y de los apátridas*; E. *El Derecho Internacional Humanitario*; F. *Protección de los trabajadores*; G. *La no discriminación con respecto al sexo*; H. *Protección de los accionistas*. *Jurisprudencia*; I. *Asistencia humanitaria*. 82. Protección de los derechos humanos: A. *Desarrollo actual*; B. *El sistema internacional de protección de los derechos humanos*. C. *Esquemas universales de promoción y protección de los derechos humanos*. D. *Esquemas regionales de promoción y protección de los Derechos Humanos*; E. *Medios de protección de los Derechos Humanos*.

El progreso operado en el campo de la protección de los derechos humanos es una característica de la segunda mitad del siglo XX a partir de la segunda guerra mundial. Pero pese a la Declaración Universal de 1948 y a los Pactos Internacionales de Washington de 1961, no se logró hasta ese entonces habilitar una instancia internacional de protección efectiva de estos derechos. Ello recién se logra a nivel regional y en el proceso de integración de las comunidades europeas, que crean la Comisión y la Corte de Derechos Humanos en Europa (Tratado de Roma de 1957). Muy atrás quedaban el resto de las naciones.

Doce años más tarde, en el marco de la OEA, los países latinoamericanos firmaban el Pacto de San José de Costa Rica (1969), que crea la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero eran los tiempos de las dictaduras militares en otros Estados del continente. Juntas Militares que aplicaron sin escrúpulos la "doctrina de la seguridad nacional", incurriendo en lo que se calificó como "terrorismo de Estado" mediante una sistemática violación de los derechos humanos. El regreso a la democracia implicó también el cese de esos abusos.

Como explicamos en esta sección, la protección de estos derechos se hizo más eficaz, se especializó y se expandió. Así es como surgió el derecho internacional humanitario, y se aprobaron convenciones universales para eliminar toda forma de discriminación de la mujer (1975), o la Convención de los

Derechos del Niño, creándose o perfeccionándose instituciones específicas para la protección de los refugiados. La protección internacional de los derechos de los trabajadores estuvo a cargo de la labor de la OIT. También se creó una organización para brindar asistencia a los enfermos de SIDA y para prevenir la enfermedad.

79. Planteo del problema

La persona humana necesita de protección internacional contra los atropellos por parte:

1. De otros individuos, entre los cuales pueden distinguirse: a) los delincuentes; b) los que violan los derechos del trabajador, amparándose en la deficiente legislación laboral nacional.

2. Del Estado: a) extranjero, en cuyos territorios se encuentra el individuo; b) de su propio Estado.

Para combatir estos abusos, existen algunas instituciones del d.i. positivo:

1. Protección contra otros individuos: a) normas dirigidas contra la delincuencia; b) convenios concertados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Protección contra el Estado: a) derecho de extranjería y su defensa por medio de la protección diplomática; b) protección internacional de los derechos humanos.

En el presente capítulo abordamos la protección de la persona humana contra los atropellos de que pueda ser víctima por parte del Estado, pero previamente dedicaremos un breve párrafo a la protección contra otros individuos precisamente contra los delincuentes.

Estas normas protegen al hombre:

a) En su *libertad*, prohibiendo la trata de negros y la esclavitud (acta de Bruselas de 1890 y convenio de Ginebra de 1926), y la trata de blancas (convenios de 1910, 1921 y 1949).

b) En su *moral*, reglamentando la producción y el tráfico de estupefacientes (convenios de 1925, 1931 y 1936 y protocolo de 1946), y reprimiendo la circulación de publicaciones obscenas (convenio de 1923).

Todas estas normas son convencionales. Con mucha anterioridad a ellas existió una norma consuetudinaria que protegía la vida, la libertad y los bienes del individuo contra la piratería (véase N^o 64).

80. Protección del extranjero

A. Fuentes del derecho de extranjería

La primera categoría de las personas humanas que gozó de la protección del d.i. son los extranjeros; la protección internacional de otras clases de individuos es todavía imperfecta.

La principal fuente del d.i. de extranjería son los tratados bilaterales. La existencia de normas consuetudinarias, que reconocen a los extranjeros el "standard mínimo" de que gozan en los pueblos civilizados, es controvertida. Algunos tratadistas, como Verdross, mencionan los principios generales del derecho como una fuente supletoria.

En su mayoría son normas convencionales establecidas a título de reciprocidad en los tratados bilaterales de comercio y establecimiento. Hubo también intentos de tratados multilaterales, por medio de una codificación.

En América se firmaron el Convenio de México de 1902 sobre las obligaciones de los Estados respecto a los extranjeros, y de La Habana de 1928 (9 artículos sobre la condición de los extranjeros). Hubo también intentos de alcance universal: la conferencia sobre la condición de los extranjeros que la SDN había convocado en París en 1929-30; la Convención Europea de establecimiento de 1955 (celebrada bajo los auspicios del Consejo de Europa), y el acuerdo sobre los derechos fundamentales de los súbditos de Francia y sus ex colonias africanas de 1960.

Las comunidades europeas requieren mucha movilidad para los súbditos de sus Estados miembros y, por otra parte, recurren a la numerosísima mano de obra de los Estados que no pertenecen a las comunidades pero están asociados con ellas. Por lo tanto, está bien adelantado el derecho de extranjería dentro del derecho comunitario.

Los extranjeros gozan efectivamente de los derechos que les reconoce el d.i. en la medida en que tales derechos son incorporados al derecho interno por medio de leyes. Algunos autores como Verdross, incluso distinguen un doble derecho de extranjería: el internacional y el interno. La relación entre uno y otro puede ser de distinta índole:

1) Puede coincidir estrictamente.

2) El derecho interno puede conceder a los extranjeros facultades superiores a las que exige el d.i. Tal es, por ejemplo, el caso de la Argentina. A fin de atraer la inmigración europea (objetivo señalado

por Alberdi y puesto en práctica sobre todo por Sarmiento), los extranjeros han sido prácticamente equiparados con los argentinos en sus derechos civiles, e incluso gozan de algunos derechos políticos, como ser el derecho electoral municipal.¹

3) Pero puede también quitarles ciertos derechos que les asegura el d.i. sobre todo el consuetudinario: el llamado “standard internacional”, que reclamaban sobre todos los internacionalistas europeos, y pusieron en tela de juicio los latinoamericanos,² seguidos por los asiáticos y africanos.

Al elaborar el derecho de extranjería, es preciso distinguir dos cuestiones: por un lado la facultad del Estado de rechazarle al extranjero autorización para la residencia en su territorio y, por otro, el deber de proporcionarle, durante la estadía, cierto status jurídico.

B. Estadía del extranjero

Las normas relativas a la estadía abarcan la facultad del Estado de no admitir el acceso de un extranjero, rechazándole la visación, y de expulsarlo.

Según una opinión ampliamente arraigada en la doctrina, el d.i.³ común prohibiría a los Estados cerrarse arbitrariamente hacia el exterior. Podríamos preguntarnos si esta práctica efectivamente observada en el Occidente, corresponde de veras a una norma consuetudinaria de d.i. o tan sólo a la cortesía; por ejemplo, no la observó Paraguay en la época de la dictadura del general Francia. Japón, y después China la aceptaron bajo coacción, como una imposición de las grandes potencias marítimas occidentales, deseosas de ensanchar sus mercados. Algunos Estados, como Yemen, estuvieron cerrados para los extranjeros hasta el siglo XX.

Hasta hace poco en China y en la URSS los extranjeros podían visitar sólo lugares determinados;⁴ incluso los diplomáticos acreditados en Pekín y Moscú tenían limitada la libertad de desplazamiento. Pero

¹ Bidart Campos, 1966, v. 2, p. 93-95.

² Véase N° 69 B.

³ Véase Verdross, 1963, p. 288, nota 5 y Halajczuk, op. cit..

⁴ “Inturist”.

esta situación varió sustancialmente en los últimos años. En la década del noventa China se abre al mundo y la URSS desaparece y sus sucesores optan por la apertura al liberalismo.

Los Estados abren por lo general sin restricciones sus fronteras a los turistas⁵ pero no así a los inmigrantes, a quienes aceptan únicamente en la medida que lo permitan sus necesidades económicas. Los someten a toda una serie de condiciones, justificadas en principios de orden moral, sanitario y profesional.

Pero una vez admitido un extranjero al territorio nacional, el Estado carece de facultad para expulsarlo arbitrariamente, según la jurisprudencia internacional; esta limitación está restringida por numerosos tratados de establecimiento y comercio. En algunos Estados la expulsión necesita una sentencia judicial; en otros una simple decisión administrativa. En la Argentina es la Dirección Nacional de Migraciones quien es competente respecto a la admisión y expulsión de extranjeros, en virtud del decreto ley 4805/63, art. 7º y sus modificatorias.

La expulsión merece condiciones más estrictas que la no admisión. Según Verdross,⁶ son las siguientes, de acuerdo a la práctica internacional: poner en peligro la seguridad o el orden del Estado de residencia, por inmoralidad o por actividades subversivas; ofender al Estado de residencia; amenazar u ofender a otros Estados; cometer delitos dentro del país e inclusive afuera; perjudicar económicamente al Estado de residencia. Se expulsa a los mendigos, vagabundos e incluso personas que carecen de medios, o a los indocumentados.

Los motivos de expulsión deben comunicarse a la patria del extranjero. Una expulsión decretada legítimamente será ilícita si al ejecutarla se violan las mínimas garantías del procedimiento de expulsión ordenado.⁷ Cabe subrayar que el d.i. común, no proporciona al extranjero expulsado ningún recurso jurídico contra la expulsión; lo establecen los tratados bilaterales.

⁵ También ahora y pese a las luchas civiles, Yugoslavia otorga plena libertad a los turistas extranjeros.

⁶ Verdross, 1963, p. 295-6.

⁷ Si entre los dos Estados existe un tratado de arbitraje, debe someterse el caso al procedimiento arbitral. Hay fallos arbitrales de esta índole en el caso de Ben Tillet. El tribunal arbitral para Alta Silesia, se declaró incompetente en el caso de Hochbaum en 1924.

C. Derechos civiles

Según la constitución argentina, los extranjeros quedan en general equiparados a los nacionales, aunque no existe una norma de d.i. común que imponga tal equiparación.

Lo único que el d.i. *consuetudinario* impone a los Estados es la obligación de conceder a los extranjeros cierto mínimo *standard* internacionalmente establecido. Según la teoría del *standard internacional* este *minimum* sería reclamable aún cuando no gocen de él los nacionales, si bien esto apenas puede ocurrir en un país avanzado.⁸ Además procesalmente los extranjeros gozan de la protección diplomática de sus Estados. Es distinta la situación del extranjero en virtud del d.i. convencional: los modernos tratados de comercio y establecimiento estipulan una amplia equiparación de los extranjeros a los nacionales.

Todos los derechos de los extranjeros que se fundan en el d.i. común consuetudinario se basan en el principio de que los Estados están obligados entre sí a respetar los siguientes derechos: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, y especialmente, la observancia de los derechos adquiridos por los extranjeros, el derecho a la libertad, el acceso a los tribunales, y la protección de su vida, propiedad, libertad y honor.

Pero el Estado puede negar a los extranjeros la adquisición de bienes inmuebles en las regiones fronterizas o en las zonas de importancia estratégica. Estas prevenciones desaparecen en procesos de integración regional como el Europeo. A eso también se aspira en el Mercosur.

Según el principio del respeto a los derechos adquiridos, sería ilícita una confiscación de bienes privados extranjeros, pero no así la expropiación de los bienes extranjeros realizada en base al interés público. Este principio fue reconocido por la jurisprudencia internacional⁹ y por los tratados bilaterales de establecimiento.

⁸ Según la CPJI (sentencia N° 7, p. 33) una medida contraria al d.i. que un Estado aplica contra los extranjeros no deja de ser injusta cuando se aplica a los propios súbditos. Una posición análoga asumió la nombrada corte en los asuntos de Chorzow, de Chevreau, y en el dictamen sobre los Ciudadanos polacos en Dantzig.

⁹ Sentencias arbitrales de 1924 en el caso de las Reclamaciones británicas en la Zona española de Marruecos, y de Salem (opinión disidente de Nielsen), y la sentencia de la CPJI en el caso de los Intereses alemanes en Alta Silesia

Pero fue violado después de la Primera Guerra Mundial por la legislación de distintos Estados que procedieron a incautar los bienes inmuebles y pozos petrolíferos de propiedad extranjera, sin indemnización alguna o contra una indemnización insignificante.¹⁰ La inviolabilidad de los bienes privados de los extranjeros prohíbe únicamente una privación directa de esos bienes.¹¹

El respeto de los derechos adquiridos se aplica a las cosas, a los valores patrimoniales y a las *concesiones*.¹² Si bien está prohibida la reducción unilateral de las deudas públicas externas, el cumplimiento de los deberes internacionales halla su límite en el derecho de autoconservación de los Estados.

El Estado también puede renunciar al ejercicio de su derecho a expropiar los bienes extranjeros. Esto puede hacerlo mediante tratados internacionales y también mediante acuerdos cuando un Estado concierta en forma de contrato internacional con una sociedad extranjera.

El extranjero está sometido a la soberanía territorial del Estado de residencia, pero con la restricción de que este último tiene la obligación de respetar el deber de fidelidad del extranjero para con su patria. Los extranjeros no pueden ser obligados a la conscripción y tampoco se les puede ordenar actos dirigidos contra su país. Pero es lícito utilizarlos para enfrentar peligros locales, desastres elementales o en la defensa antiaérea.¹³ Algunos Estados de residencia exigen de los extranjeros incluso el servicio militar o abandonar el país.¹⁴ Véanse

¹⁰ Casi todos los Estados que implantaron la socialización de los bienes de producción con posterioridad a la segunda guerra mundial, admitieron la obligación de indemnizar a los extranjeros y concluyeron tratados al respecto con los Estados afectados. Pero éstos aceptaron que la indemnización no es plena, ni inmediata, sino ajustada a las posibilidades financieras de los Estados expropiadores. Abordamos este problema también en el N° 29, "Derecho a la soberanía sobre los recursos naturales".

¹¹ El d.i. prohíbe contribuciones sobre el patrimonio de los extranjeros (por ejemplo, la sentencia del Alto Tribunal Administrativo de Dantzig de 1927, que menciona Verdross 963, p. 292, nota 16); ni penas patrimoniales (sentencia de la CPJI, N° 7 p. 22); sentencia del Consejo Privado del Reino Unido de 1948 en el caso de Naim Malvan contra Attorney General for Palestine (cit. Verdross, nota 17).

¹² Por ejemplo, la sentencia arbitral sobre la Concesión ferroviaria en la bahía de Delagoa

¹³ Fallo de la Corte Suprema australiana en los casos de Polites y Kandolites contra Australia. Véase No 78.

¹⁴ No puede detenerse a los extranjeros sin una seria presunción ni prolongarse sin motivo válido la detención o tratarlos de manera inhumana. Los extranjeros

los siguientes casos: Sentencia del tribunal arbitral germano-francés en el caso de Chevreau y el de la Comisión Mixta mejicano-norteamericana en el caso de Way.

Desarrollado ampliamente por la doctrina europea y estadounidense, este principio no se comparte plenamente en otros continentes.¹⁵

Según el derecho común de extranjería, los extranjeros carecen del derecho de ejercer una profesión, pero se les otorga esta facultad por el derecho convencional. Los tratados de comercio y establecimiento contienen normas acerca de la situación del comerciante extranjero y los tratados recientes normativizan la condición del trabajador extranjero. En 1929 se reunió en París una conferencia internacional para la codificación de los derechos económicos de los extranjeros, pero fracasó. En Europa el proceso de integración eliminó los problemas que generaba el derecho de extranjería entre los países miembros de la Unión Europea. En el Mercosur no se alcanzó todavía esta etapa debido a las asimetrías existentes entre las legislaciones laborales de sus Estados miembros.

Tampoco otorgó el d.i. a los extranjeros, derechos políticos. Pueden gozar de ellos sólo en virtud del derecho interno, por ejemplo, participan en las elecciones municipales en la Argentina.

D. Protección diplomática

La protección diplomática se rige por normas de derecho internacional general y genera una relación jurídica bilateral, de modo tal que la obligación de un Estado de acordar tratamiento adecuado a un particular, existe únicamente respecto del Estado de nacionalidad de esa persona y no respecto de otros Estados.

deben estar facultados para presentar demandas en los tribunales y, en caso de ser demandados, deben tener a su alcance los mismos medios de defensa que los nacionales. El Estado de residencia debe posibilitar la ejecución de las sentencias firmes en favor de los extranjeros. Tiene, además, la obligación de proteger a los extranjeros de toda clase de delitos contra ellos, castigar los atentados contra su vida, libertad, honor y propiedad, y adoptar las disposiciones preventivas. Por lo general un Estado cumple con este deber si protege a los extranjeros en el mismo grado que a sus nacionales.

¹⁵ Véase N° 69 B.

Al ejercer la acción diplomática o un procedimiento judicial internacional en nombre de un súbdito, el Estado afirma su propio derecho. Por otra parte, tal ejercicio es facultativo ya que el Estado decide si acuerda su protección y el alcance de ésta.

Si un tercer Estado (Estado de residencia, o en cuyo territorio se hallan los bienes del extranjero) viola algún derecho del extranjero, incurre en responsabilidad internacional. Su Estado patrio tiene entonces la facultad de tomarlo bajo su protección diplomática, "endosando" su reclamación. En la mayoría de los casos, la víctima de un acto que da lugar a la responsabilidad nacional no es el propio Estado sino un súbdito suyo (véase sección XVI).

a) *Condiciones*: tres condiciones deben cumplirse para que sea admisible el endoso:

Nacionalidad de la persona física. La primera es la existencia de un vínculo jurídico entre el individuo perjudicado y el Estado que hace la reclamación, que normalmente es la nacionalidad.

Agotamiento de los recursos internos. En virtud del principio general enunciado por la mayoría de los autores y consagrado por innumerables fallos arbitrales, la protección diplomática sólo puede realizarse después de haber agotado la acción ante los tribunales locales. El Estado sólo puede entablar una reclamación internacional en el caso que el individuo perjudicado ya no tenga, ante los tribunales del Estado demandado, ninguna vía legal para obtener reparación.

Sin embargo, esta condición no es absoluta. Puede derogársela por un convenio de reclamaciones o un compromiso de arbitraje, incluyendo una cláusula expresa en sentido contrario. O sea que se trata de un régimen subsidiario.¹⁶

En la sentencia del 29-7-88, en causa seguida contra Honduras por la desaparición de personas, la Corte Interamericana de Derechos

¹⁶ El art. 46 del Pacto de San José dice:

1. "Que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del d.i. generalmente reconocidos".

2. "No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados."

3. "No se hayan permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de ejercerlos o "haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos".

Humanos (CIDH) dijo “los principios de d.i. en materia de recursos internos a los que se remite el art. 46.1 no se refieren sólo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que estos sean adecuados y efectivos como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2. Analizando la legislación de Honduras aplicable al caso, no procedía la declaración de ausencia del Código Civil de dicho país, sino que correspondía el recurso de habeas corpus, que obliga a exhibir la persona detenida.¹⁷ Este fallo confirma el criterio independiente de la jurisprudencia internacional.

En el caso *Ambatielos* se dijo: “Es todo el sistema de protección jurídica tal como está previsto por el derecho interno, el que debe haber sido puesto a prueba antes de que un Estado pueda, como protector de sus nacionales, presentar una reclamación en un plano internacional”.¹⁸

No se aplica esta condición si no existen recursos internos, porque la organización judicial nacional no ofrece una vía legal que permita obtener reparación del daño causado por la medida contra la cual se reclama¹⁹ por ejemplo, si no es admisible el recurso (teoría francesa de los actos de gobierno). Tampoco, si el recurso es ilusorio, o sea si los tribunales locales no inspiran confianza o realizan una sistemática obstrucción del procesamiento, o si el recurso es peligroso para el reclamante. En resumen, el recurso debe ser adecuado y efectivo.²⁰

Conducta correcta del reclamante. La doctrina y la jurisprudencia exigen que el reclamante tenga las “manos limpias” (teoría de *clean hands*), o sea que su conducta sea irreprochable.

Concretamente la demanda no será admisible cuando el reclamante ha observado una conducta ilegal, violando una ley interna del país en que reside; por ejemplo, si ha participado en una insurrección o en un

¹⁷ CIDH sentencia del 29 de Julio de 1988. “Para la Corte esos recursos eran ineficaces tanto porque la detención era clandestina como porque en la práctica tropezaban con formalismos que los hacían inaplicables, o porque las autoridades contra las cuales se dictaba llanamente los ignoraban, o porque abogados y jueces ejecutores eran amenazados e intimidados por aquellos”.

¹⁸ Caso *Ambatielos* Arbitration - Grecia c/Reino Unido, CIJ, 1-7-1952. Comentado por Juan Carlos Puig en: “Caso *Ambatielos*...”, Serie: Corte Internacional de Justicia de la Escuela de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Universidad del Litoral, Ed. Depalma, Bs. As., 1968.

¹⁹ Condición confirmada en el fallo arbitral en el caso de *Bosques de Rhodope Central*, del 23-3-933.

²⁰ Casos *Inglis*, *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*, *Oro Minig Company* y *Brown*.

movimiento revolucionario²¹ o si le son imputables actividades contrarias al d.i. (por ejemplo, la violación de la neutralidad del Estado donde reside). Tampoco puede otorgársele la protección si ha cometido fraude en la presentación de su demanda. Por otro lado, no son admisibles las reclamaciones tardías presentadas, por ejemplo, diez años después de producido el daño.

b) ¿Protección discrecional u obligatoria?: Cuando el estado endosa una reclamación, la hace suya; lo que era una reclamación individual se convierte en nacional. La protección diplomática desvía el litigio de la esfera interna a la internacional y convierte la primitiva relación, de individuo perjudicado a Estado responsable, en una relación de Estado reclamante a Estado responsable.²²

La doctrina europea en cambio, estima que la institución de la protección diplomática impone al gobierno interesado la obligación de ejercer su competencia y le prohíbe renunciar a la reclamación invocando el interés subjetivo del Estado.

En la práctica se permite que el particular, víctima de un acto ilícito internacional, participe personalmente en el proceso, en calidad de testigo o de parte que formula su reclamación. Se admite esta solución en el compromiso de arbitraje, o en el reglamento del procedimiento a seguir que elabora el Tribunal Arbitral o la comisión de reclamaciones si no se lo establece en un tratado.²³

²¹ Durante la toma, por la policía, de la Facultad de Ciencias Exactas de la Universidad de Buenos Aires, a fines de 1966, fue maltratado un profesor norteamericano. La embajada de los EE.UU. le rechazó la protección diplomática alegando que él no tenía porque encontrarse en aquel momento en uno de los edificios universitarios.

²² De este principio, formulado por la doctrina clásica, se deducían una serie de consecuencias: el Estado perjudicado puede renunciar a ejercer su derecho de reclamar una reparación o puede conformarse con cualquier reparación que se le ofrezca, porque en esta materia posee facultades discrecionales en cuanto a la época y manera de plantear la demanda; también tiene la libertad de disponer, por un tratado o en otra forma, de las reclamaciones de sus súbditos, pudiendo abandonarlas o someterlas a transacción en la medida en que lo juzgue oportuno para el interés general, y por último, cuando el estado perjudicado ha recibido una indemnización, puede hacer de ella el uso que le plazca y repartirla entre sus súbditos según el criterio o procedimiento que él mismo determine. Las relaciones entre el Estado reclamante y el individuo perjudicado no afectan al d.i., sólo interesan al derecho interno.

²³ Por otro lado, a partir de 1945 se asiste a procedimientos más formales de distribución de las reparaciones. Este procedimiento tiene por finalidad el asegurar

c) La cláusula Calvo. En ciertos contratos (por ejemplo, los de concesión que un Estado otorga a particulares extranjeros), se inserta una cláusula que prohíbe a los contratantes extranjeros que recurran a la protección diplomática de su gobierno o se estipula la inadmisibilidad de cualquier reclamación internacional. Es la llamada "cláusula Calvo" propuesta por el jurista argentino. Frecuentemente se la incluye en los contratos entre Estados sudamericanos y súbditos extranjeros. La jurisprudencia internacional se muestra indecisa al respecto. Algunas veces ha admitido su plena validez, aunque los fallos en este sentido son escasos. En la mayoría de las ocasiones ha limitado los efectos de la cláusula, declarándola válida en las relaciones entre el individuo perjudicado y el Estado demandado, pero sin posibilidad de alegarla frente al Estado demandante. No se la tomó en cuenta en casos de denegación de justicia.

81. Expansión

A. Necesidad

Hasta la mitad de nuestro siglo, únicamente el extranjero gozaba de protección internacional.

Desde fines del siglo XVIII, o sea desde la constitución de Virginia (1776) y la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, es el derecho constitucional quien protege a la persona humana contra su propio Estado. El d.i. se limita a proteger a los grupos minoritarios; en el siglo XIX, contra el genocidio y, en el XX, contra toda clase de trato discriminatorio.

La necesidad de una protección internacional contra su propio Estado, de toda persona humana, surge recién a mediados del siglo XX, en virtud de la triste experiencia de los Estados totalitarios. Estos violaron los derechos fundamentales, que otorgaban sus respectivas constituciones nacionales, que de tal modo se mostraron insuficientes para proporcionar garantías eficientes a dichos derechos. Por lo tanto se llegó a la conclusión de que las garantías deben reforzarse en el plano internacional, de modo que la eliminación de los derechos fundamentales

la equitativa distribución entre los beneficiarios individuales, de las indemnizaciones globales puestas a disposición de los Estados reclamantes. Se confía su distribución a comisiones nacionales investidas de poderes de decisión y dotadas de facultades casi judiciales.

del texto constitucional o la violación de los mismos constituya un delito internacional y sea sancionada como tal.

B. Intervenciones de la humanidad

El derecho islámico, que regía al imperio turco, tiene un status personal, es un derecho exclusivo para musulmanes. Arnold Toynbee, lo califica como un "imperio universal de la cristiandad oriental". Este ordenamiento permitía una amplia libertad normativa y de actuación a los miembros de otras comunidades religiosas. Pero algunos intentos de liberación e independencia, como los del príncipe griego Alejandro Ypsylanti en el año 1830, provocaron la reacción turca que produjo tremendas masacres contra los griegos. También, como consecuencia de la sofocación de un movimiento separatista, se masacró a poblaciones armenias enteras, antes y después de la primera guerra mundial. No escaparon a este tipo de reacción, los asirio-caldeos ni los maronitas (libaneses católicos de rito oriental).

Frente a estos genocidios, las potencias europeas reaccionaron con la llamada "intervención de humanidad". Por encargo del Concerto Europeo, los cuerpos expedicionarios franceses desembarcaron en 1830 en el Peloponeso y en 1860 en el Líbano, a fin de poner término a las masacres. Se elevaron protestas contra las masacres de los armenios. Gran Bretaña se propuso realizar una demostración naval a lo largo de la costa armenia, pero Rusia se opuso a la entrada de la escuadra británica en el Mar Negro.

Las medidas de esta índole resultaban difícilmente conciliables con el principio de la soberanía absoluta, propio del siglo pasado, y la subsiguiente competencia ilimitada del Estado dentro de sus fronteras; por lo tanto, se consideraba la "intervención de humanidad" como una excepción contra un principio de d.i. de vigencia general.

C. Protección de las minorías

Recién en la época de la SDN, la protección de las minorías se encauzó por normas convencionales, aunque no se generalizó.

En 1919, los Estados de Europa danubiana y balcánica incorporaron poblaciones que por su raza, lengua o religión, diferían de las respectivas naciones: alemanes, húngaros, ucranios, bielorrusos y lituanos. Tuvieron que adoptar medidas especiales a fin de proteger

esas poblaciones contra una discriminación violenta y asegurarles una asimilación paulatina. Estos compromisos fueron los llamados tratados de minorías.²⁴

Los Estados que asumieron las obligaciones minoritarias, estaban sometidos a una doble garantía internacional: 1) no podían modificarlas sin el consentimiento del consejo de la SDN; 2) los miembros del Consejo de la SDN tenían el derecho y el deber de llamar la atención del Consejo sobre la violación o el peligro de violación de las disposiciones relativas a las minorías.²⁵

Los tratados de paz de 1947 impusieron a los vencidos, o sea a Bulgaria, Finlandia, Hungría, Italia y Rumania, la obligación de asegurar a sus súbditos (y no específicamente a las minorías) los derechos humanos y las libertades fundamentales, pero por falta de todo control jurisdiccional internacional, dicha protección resultó ilusoria. Recién en 1957 con la firma del Tratado de Roma se crearon mecanismos jurídicos y efectivos de protección de derechos humanos en Europa.

En 1993 se creó el Alto Comisionado para las Minorías Nacionales (ACMN). Su función consiste en identificar y lograr la pronta solución de cuestiones étnicas. Normalmente trata conflictos entre el gobierno central y las autoridades regionales, problemas para obtener la ciudadanía, la posibilidad de ser deportado a su lugar de origen, o que los miembros de las minorías reciban educación en su lengua materna.

D. Protección de los refugiados y de las apátridas

Por lo general, el problema de los apátridas y los refugiados figura conjuntamente en la mayoría de los tratados y manuales de d.i., aunque son fenómenos de distinta índole que coinciden solamente en parte.

²⁴ El fundamento positivo de esta institución, la proporcionaron dos artículos del tratado de Versalles, el 86 y 93, pero las normas han sido desarrolladas en numerosos tratados europeos.

²⁵ El derecho de iniciativa pertenecía exclusivamente al Consejo y no a las minorías, quienes sólo podían elevar peticiones, que previamente examinaba un comité restringido del Consejo. En caso de divergencia sobre la aplicación o interpretación de los tratados de minorías, era competente en el asunto la CPJI. Los tratados de minorías protegían a las personas pertenecientes a las mismas y no a los propios grupos. Pero según algunos autores, las propias minorías se elevaron a la categoría de sujetos limitados especiales del d.i. La protección de las minorías fracasó porque fue constituido como un régimen de excepción.

Los refugiados constituyen un fenómeno social, con causas políticas; los apátridas una condición jurídica. Hay numerosos refugiados que no son apátridas: los alemanes, expulsados inmediatamente después de la segunda guerra mundial del territorio incorporado por Polonia, mantuvieron la nacionalidad alemana; del mismo modo, continuaron siendo jordanos los refugiados de la orilla occidental del río Jordán, ocupada por Israel durante la "guerra de los 6 días", que se exiliaron en la otra orilla. La legislación de algunos países, por ejemplo la Argentina, desconoce la categoría de apátrida: una persona que llega con el pasaporte de apátrida de origen ruso, armenio, ucranio u otra, recibe la cédula de identidad, que lo califica simplemente de ruso, armenio, ucranio, etc.

Por otro lado, hay apátridas que no son refugiados. Por lo general pierden su nacionalidad los refugiados que se exiliaron de su país y no vuelven allí, pero ésta no es la única causa de la apátridia.

Una persona puede ser apátrida desde su origen. Por ejemplo, el hijo de un apátrida que nació en un país donde rige el "*ius sanguinis*". Esta situación es el resultado de un conflicto negativo de los dos principios, mientras el conflicto positivo produce la doble nacionalidad (véase N° 75).

Por otro lado, se puede llegar a ser apátrida, si se pierde la nacionalidad, sin adquirir una nueva. Tal es, por ejemplo, el caso de un argentino naturalizado, quien permanece fuera del país más allá del plazo estipulado por la ley. Puede haber también otras causas de la pérdida de la nacionalidad, por ejemplo, numerosos súbditos rumanos (de confesión judía, por lo general) vivían permanentemente en el extranjero, particularmente en Francia, pero una ley promulgada en víspera de la segunda guerra mundial, les quitó la nacionalidad rumana.

Desde hace casi medio siglo, el d.i. intenta proporcionar protección a los refugiados, víctimas de desplazamientos forzados, derivados de la Primera y sobre todo de la Segunda Guerra Mundial, y de la implantación del totalitarismo, en 1917 en Rusia y en 1933 en Alemania. El intento de obtener una solución convencional se encamina en un triple sentido:

1. Reducir las causas que originan la apátridia: convenios de 1922, 1924, 1926, 1928 y, sobre todo, los protocolos de La Haya de 1930.
2. Proporcionar documentos de identidad a los apátridas.
3. Radicar a los refugiados, consiguiendo la autorización de los países de inmigración y financiando el transporte.

Bajo los auspicios de la SDN, la comisión encabezada por Nansen (conocido explorador polar) otorgaba a los refugiados de Armenia y de Europa oriental los llamados "pasaportes de Nansen". La ONU les proporcionó también asistencia material, tomando a su cargo su radicación. Con tal objeto fue creada en 1946 la Organización Internacional de Refugiados (IRO), con sede en Ginebra. En 1951 fue disuelta y reemplazada por el Alto Comisionado para los Refugiados.

El convenio celebrado en Ginebra en 1951 proporcionó a los refugiados un "status jurídico". Los Estados firmantes se comprometieron a proporcionarles protección jurídica, cédula de identidad y documentos de viaje (como nuestro "pasaporte no argentino") a las personas que, con anterioridad al 1-1-1951, se hallaban fuera de su patria, por un temor fundado a la persecución por motivos raciales, sociales o políticos y que perdieron su nacionalidad anterior, sin conseguir una nueva. En 1954 se completó el régimen de 1951 y, finalmente, en 1957, se firmó en La Haya un convenio especial sobre los marineros refugiados.²⁶

²⁶ La protección internacional benefició a millones de refugiados especialmente a los provocados por la aparición del régimen comunista en Rusia en 1917 y a su extensión a Ucrania y Transcaucasia, en 1920-21, y a los países bálticos y de Europa centro-oriental, en 1940-1945. También en el caso de China continental, en 1949, después en el de Vietnam del Norte (especialmente Tonkin, con una proporción muy elevada de población católica). En América Latina las dictaduras militares produjeron numerosos exilios.

En su mayoría, los refugiados abandonaban su país simplemente para no tener que vivir bajo una dominación extranjera o un régimen que ellos encuentran intolerable por haber luchado contra esta dominación o régimen, incurriendo de tal modo, en delitos políticos.

Una inmensa muchedumbre de refugiados encontró su protección en los países americanos, pero desgraciadamente esa suerte sólo correspondió a los refugiados blancos, preparados para la civilización industrial contemporánea y que, además, gracias a su raza, eran aceptables para la legislación de los países de inmigración, mientras que los refugiados chinos y vietnameses chocaron con la barrera racial.

Después del malogrado intento secesionista de Biafra, numerosos biafrianos (ibos) se refugiaron en los Estados vecinos de Camerún y Costa de Marfil.

Hoy en día el problema de los refugiados se agudiza en Africa, particularmente en Ruanda. También en América Latina frente a los problemas internos de Haití, República Dominicana y Cuba se plantearon graves problemas respecto a los refugiados.

El problema de los apátridas encontró su solución radical en el plano de la administración internacional indirecta. No parece realista la idea que sugirió Georges Scelle, en el sentido de que la SDN otorgue a los refugiados el status de los súbditos inmediatos de la misma.

En 1993 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados consideró todas las formas de intolerancia y violencia étnica, causa fundamental de los desplazamientos forzados y apeló a los Estados a combatirlas mediante declaraciones legislativas y políticas. Asimismo, solicitó que promuevan condiciones favorables a la repatriación de los refugiados y que presten su apoyo a su reintegración sostenible con el apoyo de ACNUR. Reiteró la importancia que tiene el reasentamiento como instrumento de protección y su utilización como solución duradera a los problemas de los refugiados. Exhortó a los Estados a que adopten leyes sobre nacionalidad para reducir la apátrida.

E. El Derecho Internacional Humanitario

Definición: El derecho Internacional humanitario es una rama del derecho internacional general, que se aplica solamente a situaciones de guerra, o conflicto armado sean internacionales o nacionales, que puede ser definido, como lo hace Swinarski,²⁷ como el conjunto de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden quedar afectados, por el conflicto.

El objeto de esta disciplina es la protección de las víctimas de esas situaciones, por lo que incluye tanto las normas que regulan las hostilidades, como las normas sobre protección de las víctimas de los conflictos armados y de sus bienes. Por su contenido, así como por su aceptación universal, estas normas son de carácter imperativo. Esta conclusión surge de la interpretación del art. 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en su párrafo 5º dice: "lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las diligencias relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados".

¿A quienes van dirigidas las normas del d.i. humanitario? A los

²⁷ Swinarski, Christophe, Introducción al Derecho Internacional Humanitario, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p. 11.

Estados, los movimientos de liberación nacional o los grupos armados organizados bajo la dirección de un mando responsable, con control parcial de un territorio, y también las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU.

¿A quienes protege el d.i. humanitario? A los heridos, enfermos, y náufragos, a los transportes sanitarios y al personal sanitario y religioso, militar o civil. También a los prisioneros de guerra, y la población civil durante los conflictos bélicos. En este último grupo de personas, se incluye necesariamente a los extranjeros, a los refugiados y a los apátridas. Los desplazamientos derivados de la huida en búsqueda de refugio por parte de la población civil en conflictos armados no internacionales, gozan de protección en el Protocolo Adicional II de Ginebra, 1977.

Finalmente, *hay que distinguir el derecho internacional humanitario del derecho internacional de los derechos humanos*. La Dra. Gutiérrez Posse señala que “el primero es un derecho de excepción, de urgencia, que interviene en caso de ruptura del orden jurídico internacional, mientras que los derechos humanos se aplican sobre todo en tiempo de paz”.²⁸ En cuanto a los sujetos destinatarios de estas normas, corresponde aclarar que el individuo lo es en forma indiscutida en el caso de los derechos humanos, mientras que en el d.i. humanitario, los sujetos son los Estados partes en un conflicto armado, los insurrectos, y el C.I.C.R.

F. Protección de los trabajadores

En el orden interno, intentaron los liberales mantener las relaciones laborales dentro del marco de contratos civiles simples entre el patrón y el trabajador individual. A pesar de su resistencia, se implantaron los convenios colectivos de trabajo y surgió el derecho laboral. En el plano internacional, se sintió una doble presión: una, por parte de los obreros cuyas organizaciones manifestaban siempre tendencias a superestructuras internacionales. Otra por el lado patronal, cuando los industriales de los países adelantados de Europa occidental tenían que ceder ante la presión sindical. Al elevar consiguientemente sus costos de producción, estaban interesados en que las concesiones otorgadas

²⁸ Gutiérrez Posse, Hortensia: “Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva”, Zavalla, Bs.As., 1995, p. 359.

se extendieran a otras partes del mundo, a fin de afrontar la competencia japonesa, que resultó sumamente molesta por carecer ese país de una legislación laboral adelantada.

Esto explica el por qué de la aparición, primero, de los instrumentos particulares, como el Convenio de Berna de 1906 sobre trabajo nocturno de las mujeres en la industria; la prohibición del empleo del fósforo blanco en la producción de fósforos (cerillas); el artículo 23, párrafo A del Pacto de la SDN, y la Organización Internacional del Trabajo.

La OIT fue fundada en 1919 y es una organización especializada con estructura tripartita. El gobierno de cada Estado miembro designa, para la Conferencia General, a cuatro representantes: dos de ellos libremente, como sus delegados; uno de la más representativa organización sindical y otro de la patronal. Los tres cuerpos deliberan por separado y la organización adopta nuevas normas bajo la forma de convenios internacionales de trabajo, a los cuales los Estados miembros deben adaptar su legislación laboral. La Argentina no implantó el principio del pluralismo sindical vigente en la OIT: para cada rama puede haber un sólo sindicato, sea cual fuere su orientación política: la unidad aumenta la fuerza sindical. Además, controla la ejecución, por medio de los informes gubernamentales y las quejas. Tiene un procedimiento ampliamente desarrollado para tratar las quejas y arreglar los litigios que surgen de ellas y que pueden llegar hasta la CIJ (véase también N. 105).

G. La no discriminación con respecto al sexo

En este último rubro, la ONU cumplió una función muy productiva a través de las múltiples reuniones que se celebraron durante el "Año internacional de la mujer", que fue el de 1975. Entre otros logros se formuló la "Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer", y preparó un informe sobre la contribución de la mujer en los aspectos económicos, sociales y culturales del proceso de desarrollo; y emitió una recomendación para garantizar la igualdad jurídica de la mujer casada.²⁹ Además, se proclamó el Decenio de la ONU para la

²⁹ Memoria del Secretario General sobre la labor de la Organización, 16 de junio de 1975 al 15 de junio de 1976. AG Doc. Of. 31, período de sesiones suplemento N^o 1 (A/31/1), ps. 67-70.

mujer; se estableció un instituto internacional de investigación y capacitación para la promoción de la mujer; y la conferencia mundial del año internacional de la mujer aprobó 3 resoluciones sobre su papel en la cooperación internacional y el fortalecimiento de la paz. Hubo cuatro conferencias internacionales sobre la mujer, siendo la más importante la de Beijing de 1995.

H. Protección de los accionistas. Jurisprudencia.

La CPJI, en el caso de la Barcelona Traction, estableció una distinción entre derechos e intereses de un individuo, afirmando que "sólo el derecho infringido, y no el mero interés afectado compromete la responsabilidad". En el mencionado fallo de la Corte se señalan dos razones que permiten reconocer la personería jurídica de las sociedades como distintas de la de sus miembros.

En un laudo se rechazó la pretensión de que debería desconocerse esa personalidad porque ella constituía "una fórmula técnica del derecho privado interno", en base a que "la mayoría de la doctrina y casi toda la jurisprudencia de todos los países acuerdan a la entidad jurídica conocida como "sociedad anónima", una personalidad y un patrimonio propios, distinto del de los de sus accionistas".

Fue la personalidad jurídica de la sociedad el obstáculo para la protección diplomática de los accionistas, por lo tanto, la desaparición de esa personería jurídica remueve el impedimento. A su vez, si desaparece la sociedad los accionistas quedan privados de la posibilidad de un recurso a través de ella; y en consecuencia surge para ellos un derecho independiente, que es el derecho de participar en los activos remanentes de la sociedad en liquidación.

En el caso mencionado, se dijo que: "...La adopción de la teoría de la protección diplomática de los accionistas como tales, al abrir la puerta a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear una atmósfera de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales. El peligro sería tanto mayor en la medida en que las acciones de las sociedades cuya actividad es internacional se encuentren ampliamente esparcidas y cambien de mano con frecuencia".

Los intereses que se protegen son los de los Estados (respeto por la soberanía y la jurisdicción interna). La protección diplomática

contempla el interés del Estado extranjero en la protección de sus nacionales que se enfrenta con el derecho de soberanía territorial del otro Estado.³⁰

I. Asistencia humanitaria

Es el sistema de aplicación del derecho internacional humanitario establecido por la ONU. Para las Naciones Unidas la asistencia humanitaria constituye una de sus tareas principales. UNICEF y ACNUR, tienen esa función específica. En los últimos tiempos se viene aplicando una segunda generación de esfuerzos sobre asistencia humanitaria como el Departamento de Asuntos Humanitarios (DAH), que se estableció en 1992.

La Res.46/182 del 19-12-91 de la AG, fijó los principios básicos de la asistencia humanitaria a cargo de la ONU, para lo cual se creó un nuevo Departamento de Asuntos Humanitarios (DAH), con la finalidad de dar una respuesta rápida y bien coordinada a las emergencias, para salvar vidas y facilitar la rehabilitación y el desarrollo de las poblaciones damnificadas³¹ y para coordinar los diferentes aspectos de la asistencia de emergencia en casos de desastres naturales o provocados por el hombre.

La caída del sistema bipolar, trajo aparejado la explosión de conflictos étnicos, religiosos y civiles en muchas partes del mundo, por eso es que en 1994, la ONU brindó asistencia humanitaria a más de

³⁰ Estas reglas constituyen un *modus vivendi*, aceptada tanto por los Estados interesados en extender el alcance de la protección diplomática como por los Estados interesados en restringirlo.

³¹ El DAH, se ocupa de los desastres naturales y las emergencias ambientales, tales como terremotos, inundaciones, erupciones volcánicas, la hambruna, la remoción de minas luego de conflictos armados, etc. Las causas básicas de los conflictos suelen ser: el racismo, la religión, la ideología, la intervención extranjera, la competencia por los recursos, la pobreza, los choques culturales, etc. Su meta es la de corregir las causas profundas de la crisis, para lo cual colabora con los organismos dependientes del sistema de la ONU y se vale de su capacidad operacional para distribuir la asistencia, estableciendo una red de socorro. Como ya dijéramos, últimamente se han producido intervenciones humanitarias de la ONU en guerras civiles cruentas como las el caso Yugoslavo, o en guerras de tipo tribal como del Cuerno de Africa, en Somalía, o en sus vecinos como Djibouti, Etiopía y Kenya y otras regiones del continente negro como Eritrea y Sudán.

40 millones de personas afectadas por guerras civiles y otros conflictos en unos 20 países.³²

La labor humanitaria incluye el socorro inmediato, y la rehabilitación. El desarrollo económico y social es la mejor protección contra el desastre.

En el sistema de la ONU los siete organismos que suministran asistencia humanitaria son UNICEF, PNUD, ACNUR, OMS, FAO, PMA (Programa Mundial de Alimento), y UNESCO. El Departamento de Asuntos Humanitarios (DAH), coordina los esfuerzos de asistencia del socorro del sistema de las Naciones Unidas, así como de la asistencia a los desplazados internos y las operaciones de remoción de minas.

El ACNUR, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, brinda protección y asistencia internacional a todos aquellos que están bajo su responsabilidad. Uno de los derechos humanos fundamentales de los refugiados es la protección contra el "refoulement", o repatriación. (El regreso al país en el que temen legítimamente ser perseguidos). El ACNUR también protege a gente que vive situaciones similares, como los repatriados, y los que sufren desplazamientos forzados, inclusive dentro de su propio país y a las víctimas de un conflicto armado que no han sido necesariamente desplazadas, tales como los habitantes de Sarajevo. La antecesora del ACNUR era la OIR —Alto Comisionado para los Refugiados de la Liga de las Naciones—.

Las luchas tribales en Ruanda y la guerra en la ex Yugoslavia constituyen guerras civiles con una violencia étnica que produjeron crisis humanitarias.³³

³² Los desastres naturales causan daños patrimoniales y muertes causadas, las que han aumentado 10 veces desde el decenio de 1960. El 90% de estos desastres se produce en los países en desarrollo, por la falta de elementos de previsión. Esto indica que la pobreza es un elemento esencial cuando se determina la envergadura de los daños. Las pérdidas económicas producto de los desastres naturales aumentaron tres veces entre el decenio de 1960 y el de 1980; y un 40% entre 1991 y 1992, que se estimó entre 44.000 millones y 62.000 millones de dólares.

³³ Unos dos millones de personas huyeron de Ruanda en 1994, en condiciones de sufrimiento extremo. En julio y agosto de 1994 se produjo el éxodo más rápido y dramático en la historia del ACNUR, al huir hacia el Zaire más de un millón de ruandeses. El ACNUR ha estado a la vanguardia de los esfuerzos por albergar, proteger y asistir a los refugiados tanto de Ruanda como de Burundi en sus países de asilo en la zona de los Grandes Lagos, hasta que se den las condiciones que les permitan regresar a sus países con seguridad y dignidad.

En la ex Yugoslavia, desde 1991, el ACNUR ha sido el organismo principal que

82. Protección de los derechos humanos

A. Desarrollo actual

Al completar medio siglo de extraordinaria evolución el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) configurase hoy como un ordenamiento jurídico de protección dotado de especialidad, autonomía y características propias. La comunidad de los Estados ha advertido progresivamente que el bienestar y protección del individuo es preocupación internacional, con independencia de su pertenencia a un Estado o al vínculo de su nacionalidad. Pero a pesar de la intensidad de su desarrollo en las últimas décadas, éste tipo de derecho carece aún de la sistematización necesaria para el futuro de la disciplina.

Su *corpus juris*, tal como lo menciona Mónica Pintos, se inspira en la concepción de derechos inherentes al ser humano como tal y operativamente en la de garantía colectiva y de carácter objetivo de la obligación de protección.

En conjunto, la Declaración Universal y los dos Pactos componen la Carta Internacional de Derechos Humanos, y han sido fuente de inspiración de unos 80 convenios y declaraciones que se han concertado dentro de las Naciones Unidas sobre una amplia gama de cuestiones.

En los últimos 20 años se han celebrado entre otros los siguientes tratados, declaraciones y conferencias en materia de derechos humanos:

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 1979,

La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de Intolerancia y de discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, 1981

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984, define a la tortura como delito in-

ha coordinado el esfuerzo humanitario de las Naciones Unidas para proteger y ayudar a los civiles. En 1995, esa operación ha beneficiado a 3,56 millones de personas. El puente aéreo humanitario del ACNUR a Sarajevo la operación más prolongada de ese tipo en la historia de la aviación cumplió su milésimo día de funcionamiento el 29 de marzo de 1995. Sin embargo, a raíz de la inseguridad y la frecuente obstrucción del acceso, el puente aéreo y los convoyes humanitarios en Bosnia y Herzegovina han sido a menudo interrumpidos durante períodos prolongados, privando a la población de alimentos y otros elementos vitales para su sustento.

ternacional y responsabiliza a los Estados partes, tanto por la no prevención contra la tortura como en la determinación de las penas por aplicarla. No podrá invocarse la obediencia debida.

La Declaración sobre el derecho al desarrollo, 1986, como “un derecho humano inalienable en virtud del cual toda persona y todo pueblo tiene derecho a participar en, contribuir a, y beneficiarse de, un desarrollo económico, social, cultural y político que permita la realización plena de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Agrega que la “igualdad de oportunidades de desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos”;³⁴

La Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, constituye un código que establece beneficios y protecciones para niños, particularmente los refugiados, impedidos y miembros de minorías. Los Estados se comprometen a proveer garantías para la supervivencia, desarrollo, protección y participación de los niños. Tiene más de 174 ratificaciones.

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, 1990, establece derechos y principios básicos y protege a los trabajadores migrantes, legales o ilegales, durante el proceso de la migración. No entró en vigencia.

La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, 1992, proclama el derecho de las minorías a disfrutar de su propia cultura, profesar y practicar su propia religión, usar su propio idioma, establecer y mantener contactos con otros miembros, salir y entrar del país, etc.

Conferencia de las NU sobre Derechos Humanos, Viena, 1993. Contó con la presencia de 176 Estados y la participación activa e inédita de más de 1.000 ONG del mundo. Temas: la universalidad de los DH; el reconocimiento de los derechos de las poblaciones indígenas; la situación de personas discapacitadas que merecen especial atención; el derecho al desarrollo como derecho humano; la necesidad de lograr la ratificación universal de los Derechos del Niño para 1995.

³⁴ En 1986, la Comisión de Derechos Humanos designó a un Relator Especial para que examinase incidentes y estudiase medidas para prevenir la intolerancia basada en la religión y las creencias. En 1993 se designó a un Relator Especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión.

Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994. Destaca los derechos y deberes consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; presta especial atención a los temas vinculados con los inmigrantes, refugiados y desplazados así como la promoción de los Derechos de la Mujer.

Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Copenhague, 1995. Reunió a más de 180 Estados y 2.500 ONG con el propósito de atacar la pobreza, impulsar la solidaridad y la creación de empleos. Se destacó la relación entre el desarrollo social y los derechos humanos, reafirmando la interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos. Puntualizó que no se puede lograr un desarrollo social y económico sostenible sin la participación de la mujer.

Conferencia Mundial sobre la Mujer (Naciones Unidas), Beijing, 1995. Su objetivo: avanzar en la meta de la igualdad entre hombres y mujeres, y abordar fenómenos tales como la discriminación, la violencia contra la mujer, su acceso a la educación y a servicios de salud; la pobreza extrema y el analfabetismo, que afectan mayoritariamente a las mujeres. Se adoptó la "Plataforma de Acción y la Declaración de Beijing", que fueron aprobadas por unanimidad por representantes de 189 Estados.

Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 1995. Participaron 1.200 delegados de 143 Estados partes de los Convenios de Ginebra. Participaron 68 organizaciones gubernamentales y no gubernamentales y Sociedades en formación como observadores. Condenó las violaciones al Derecho Internacional Humanitario que se cometen. Reafirmó la obligación de todo Estado de respetar la normativa humanitaria vigente. Trató la protección de las víctimas de guerra y a la población civil en tiempos de conflicto armado, la prohibición del desplazamiento forzado de personas, los conflictos en alta mar y los desastres naturales. Solicitó al FMI y al BIRF que están dispuestos a cooperar en situaciones de emergencia.

Cumbre Mundial sobre la Alimentación (FAO), Roma, 1996. Participaron 186 países representados por sus jefes de Estado, incluso asistió el Papa S.S. Juan Pablo II, quien instó a "compartir más equitativamente los recursos que no faltan y los bienes de consumo". Allí se exhortó a los organismos financieros (FMI, BM y OMC) a rever sus políticas respecto a las deudas de los países pobres. Se solicitó que

los gobiernos garanticen la educación y los servicios médicos para todos. Se condenó el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas. Se instó a aplicar las decisiones de la Conferencia de Pekín respecto a la protección de mujeres y niños. Instó a desmilitarizar regiones donde los refugiados temen regresar a sus hogares. Se sugirió políticas y estrategias para asegurar el derecho a la alimentación.

A su vez, en el campo regional, se han firmado varios convenios importantes tales como la *Convención Europea de Derechos Humanos*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, la *Carta Árabe de Derechos Humanos* y la *Convención de la Comunidad de Estados Independientes sobre los Derechos y Libertades fundamentales del Hombre*.

Fabián Salvioli distingue cuatro características en la protección internacional de los Derechos Humanos desde el punto de vista de las relaciones internas contemporáneas:

1) la *internacionalización*: la competencia en la materia es ahora compartida por los Estados y la comunidad internacional.

Los principios de no intervención y soberanía y dominio reservado de los Estados pasan a tener contornos nuevos;

2) la *subsidiariedad*: es el Estado nacional quien tiene prelación en el entendimiento de los casos. La puesta en marcha del mecanismo internacional tiene lugar cuando ya han sido agotados los recursos internos;

3) la *irrenunciabilidad*: las organizaciones internacionales, por fundamentaciones éticas no pueden declinar su jurisdicción cuando estén habilitadas para tramitar casos de violaciones a los DH;

4) la *progresividad*: explicada por los nuevos conceptos de DH que pueden observarse en cuanto al objeto, y por la cada vez más creciente legitimidad internacional del individuo.³⁵

Las violación masiva y sistemática de los derechos humanos y su tratamiento a nivel internacional constituyen un tipo de violación de derechos humanos que obedece a una política de gobierno que las

³⁵ Salvioli, Fabián: "Postulados emergentes de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público. Relaciones Internacionales N° 13-1997, pg. 217/228 (sección Estudios).

comete, o que permite que se cometan por terceros, aunque no sean representantes oficiales del Estado. La comunidad internacional se ve frente a la disyuntiva de permanecer indiferente ante la necesidad de crear una forma especial de control adecuada a este tipo de situaciones.

Por ésto, los sistemas de control de las violaciones masivas y sistemáticas deben contemplar una segunda fase en la que intervienen los órganos políticos del sistema, únicos que pueden tomar medidas de presión contra el gobierno responsable.

B. El sistema internacional de protección de los derechos humanos.

a) Principio de igualdad (término positivo) o de no discriminación (término negativo): Contemplado en todas las declaraciones y convenios generales sobre derechos humanos, este principio enuncia que si los derechos humanos son inherentes a la persona, todos los seres humanos, sin excepciones, deben poseerlos. El principio de no discriminación originó innumerable cantidad de pactos y tratados. Como la Convención Internacional sobre la represión y castigo del Crimen del Apartheid de 1973.

b) Catálogo de derechos: Todo sistema de protección internacional de los derechos humanos posee un catálogo de derechos que se reconocen como tales, y que los Estados partes se obligan a reconocer y respetar.³⁶

c) La restricción permanente de los derechos por la legislación nacional y la restricción temporal de ciertos derechos: Los derechos humanos no son, en general, absolutos y admiten su restricción por la legislación nacional. Para salvaguardar estos derechos, el sistema internacional establece normas que el Estado debe acatar: las condiciones generales que autorizan a una restricción del ejercicio de un derecho humano deben establecerse por ley y deben señalarse

³⁶ La dificultad radica en su confección, y en la posterior interpretación de sus normas, como consecuencia directa de las constantes violaciones y amenazas a los derechos humanos. Por lo tanto, ningún catálogo puede agotar las infinitas formas que a lo largo del tiempo ha adoptado la protección a los derechos humanos, porque generalmente se consagran las propias del lugar y tiempo en que se desarrollan.

taxativamente las razones que el legislador puede invocar para restringir tales derechos.

d) La implementación y el control internacional: Otro medio de defensa es el ejercicio del control de los derechos humanos por medio de denuncias por presuntas violaciones de un Estado a derechos humanos garantizados por el sistema. La denuncia puede ser de tipo *individual*, la propia víctima o terceros; o por la interposición de una comunicación de un Estado parte del sistema, quien ejerce este derecho en el interés *general* de la comunidad (se da muy escasamente).

Otro medio de defensa es la investigación o estudio específico de un problema de violación de derechos humanos existente en varios Estados, o en un Estado determinado. Son métodos usados exclusivamente por la O.N.U. y el sistema interamericano. A la investigación y estudio, sigue la posibilidad de discusión de su resultado por los órganos políticos del sistema.

C. Esquemas universales de promoción y protección de los derechos humanos

a) La Carta de las Naciones Unidas: Terminada la Segunda Guerra Mundial, en la Conferencia de San Francisco se aprobó la Carta de las Naciones Unidas, ratificándose en 1945. La referencia a los DH se encuentra en el preámbulo y en 7 de los 111 artículos de la Carta. Los artículos 13 y 55 son los más importantes, donde se establece “ayudar a hacer efectivos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales sin hacer distinción de raza, sexo, idioma o religión” y “se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la ONU para la realización de todos estos propósitos”.

A partir de 1945 los Derechos Humanos dejaron de ser de jurisdicción interna, y por primera vez en la historia los Estados asumieron la obligación legal de respetarlos.³⁷

³⁷ A partir de ese momento, las Naciones Unidas pudieron exigir a sus Estados miembros, que rindieran cuentas ante ese máximo organismo internacional, por la violación de los derechos humanos, no siendo válido jurídicamente alegar que con tal actitud se lesiona la soberanía de los Estados, por cuanto ellos admitieron, al suscribir este tratado multilateral, efectuar cierta concesión de soberanía, en esta materia.

Tal como se ha mencionado la Carta de las Naciones Unidas no solo consagra a los Derechos Humanos, sino que en su artículo 103, determina que en caso de conflicto normativo, ya sea entre normas de derecho interno u otras de derecho internacional, estas prevalecen por ser de orden público. Entre las normas internacionales, las relativas a derechos humanos, en virtud de la materia, se las clasifica como normas imperativas del derecho internacional, o sea normas del "*ius cogens*" por sus características de inderogabilidad, imperatividad e imprescriptibilidad, obligatorias para toda la comunidad internacional.

Como previsión de la Carta de la ONU, en su art. 68 impone al Consejo Económico y Social la obligación de establecer una comisión específica, y efectivamente el Consejo estableció la Comisión de Derechos Humanos, a principios de 1946.

b) *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU votó³⁶ la Declaración Universal de *los Derechos Humanos*. Era una simple declaración o recomendación, sin ninguna validez normativa; por lo tanto, la ONU, procedió inmediatamente a la elaboración de un pacto de los *derechos humanos*, que tuviera el carácter de un convenio, de una auténtica fuente del d.i. Los Estados comunistas, encabezados por la URSS, mostraron reservas a la aprobación de algunos derechos cívicos y políticos que resultaban incompatibles con su régimen político y, a su vez, elevaban los derechos sociales en términos demasiado absolutos, superando en gran medida las posibilidades económicas de numerosos Estados.³⁹

Los derechos humanos y libertades fundamentales enumeradas en la declaración de 1948, servirán de inspiración y serán precisados y debidamente regulados, en la normativa internacional posterior y en la que ejerció su ineludible influencia. Así nacieron los pactos sobre Derechos Humanos aprobados por la Asamblea General en 1966, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁶ Sin ningún voto en contra, pero con la abstención de Arabia Saudita, República Sudafricana y la URSS con todos sus Estados satélites que ya en aquel entonces eran miembros de la ONU

³⁹ Por lo tanto —y para salir de un prolongado impasse la asamblea general de la ONU acopló, en 1966, dos pactos paralelos: 1) de derechos civiles y políticos; 2) de derechos económicos, sociales y culturales.

c) *Pactos Internacionales de Derechos Humanos. El pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales* consta de 31 artículos y se refiere a las obligaciones de los Estados partes, de adoptar medidas para la plena efectividad de los derechos que se reconocen en este pacto.

Los Estados partes se comprometen a presentar informes sobre las medidas que vayan adoptando con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en este documento. Estos informes los estudia el ECOSOC y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.⁴⁰

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: Fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y entra en vigor en 1976. Los principales derechos y principios que en el se consagran son:

El derecho de los pueblos a su libre determinación,

La obligación de los Estados partes de respetar y garantizar en su territorio los derechos reconocidos en este pacto,

El principio de igualdad,

Las situaciones excepcionales que acreditan la suspensión de las obligaciones de los Estados partes, requiere de dos condiciones: 1. que la situación excepcional ponga en peligro la subsistencia de la Nación. 2. que esa situación excepcional sea proclamada oficialmente. Lo que no habilita al Estado para violar el derecho a la vida, o para aplicar torturas, penas o malos tratos, inhumanos o degradantes. Además debe informar a los demás Estados miembros del uso del derecho de suspensión.⁴¹

Como es sabido, los derechos cívicos y políticos exigen por parte de los gobiernos un deber de abstención, mientras que los económicos,

⁴⁰ El Consejo Económico y Social puede presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de las informaciones recibidas de los Estados Partes en este pacto. A su vez, el Consejo Económico y Social puede señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas para que se ocupen de prestar asistencia técnica y otras medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva de este pacto.

⁴¹ Se creó un comité de Derechos Humanos que se diferencia de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y de la ECOSOC porque no se halla integrado por representantes de los gobiernos.

sociales y culturales imponen el deber de realizaciones positivas. Por lo tanto, tan sólo respecto a los primeros los gobiernos aceptan deberes firmes.⁴²

Por un lado los Estados "se comprometen", por otro tan sólo "reconocen la necesidad" y "manifiestan su propósito". He aquí una diferencia que se destaca también entre los pactos firmados en 1956: el Pacto Universal de los Derechos Cívicos y Políticos y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, por un lado, y el Pacto Universal de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Económico-Social Europea, por el otro.

Los dos pactos, reconocen el derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación en términos idénticos, en sus respectivos artículos. Otra disposición común es el artículo 25 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, idénticos al artículo 47 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos,⁴³ que reconoce el derecho de los pueblos a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales.⁴⁴

d) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y entró en vigor en 1976. Es un complemento de las

El procedimiento que sigue el comité es el siguiente: estudia los informes presentados por los Estados partes, transmite sus informes y los comentarios generales que estime oportuno a los Estados partes y al ECOSOC. Los Estados partes podrán presentar observaciones al comité.

⁴² En la Convención Interamericana, el art. 19 establece: "Los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...".

Es muy distinto el carácter del art. 25 de la misma convención que abarca dos párrafos de una formulación diferente. En la primera parte expresa que: "Los Estados partes en la presente convención reconocen la necesidad de dedicar sus máximos esfuerzos para que en su derecho interno sean adoptados y, en su caso, garantizados los demás derechos consignados en la declaración americana de los derechos del hombre y que no hubieran quedado incluidos en los artículos precedentes", y en el segundo párrafo declara que "los Estados partes manifiestan además, su propósito de consagrar, y, en su caso, de mantener y de perfeccionar, dentro de sus legislaciones internas, las prescripciones que sean más adecuadas" para el progreso económico, social y cultural.

⁴³ Dos materias, sumamente controvertidas.

⁴⁴ Véase N° 29.

disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar denuncias de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en este Pacto, o sea que reconoce un derecho de petición individual. El individuo que alegue violación de sus derechos debe agotar los recursos legales en su país. El Comité no recibirá comunicaciones anónimas o que estime que constituyan un abuso de derecho, o sea incompatible con el Pacto.⁴⁵

e) *La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.* Se creó en 1946 como organismo subsidiario del ECOSOC. Está integrada por 32 representantes que actúan como delegados de los gobiernos. Los cargos corresponden a distintas regiones geográficas: 8 miembros africanos, 6 de Latinoamérica, 8 de Europa Occidental y otros Estados, y 4 de Europa Oriental. Dentro del grupo Europa Occidental se encuentran Estados Unidos y Canadá.

Se ocupa de la protección de las minorías; la prevención de la discriminación por motivos de raza, idioma, sexo o religión; cualquier otro aspecto vinculado con los derechos humanos.

Al principio la Comisión no tenía las suficientes facultades para considerar las denuncias de violación de derechos humanos. Por la resolución 1503 se le dieron atribuciones para tratar cualquier violación de los derechos humanos.⁴⁶

⁴⁵ No surge del Protocolo que la decisión del Comité sea obligatoria para el gobierno afectado por ella. Lo que queda claro es que el Comité no tiene facultades coactivas.

⁴⁶ El procedimiento de la Resolución 1503 es el siguiente:

Se hace un estudio preliminar por un Grupo de Trabajo de 5 miembros de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías.

Las funciones del Grupo de Trabajo consisten en transmitir a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación, aquellas comunicaciones y no otras, que ponen de manifiesto un régimen constante de violaciones groseras y atestiguadas en forma fidedigna, de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La Subcomisión para la Prevención de la Discriminación examina tales conclusiones y decide si algunos de los casos debe elevarlos a la Comisión.

La Comisión usa sus facultades para estudiar la situación y puede ordenar una investigación a cargo de una comisión ad hoc, informando de ello al ECOSOC. La investigación no puede iniciarse sin permiso del Estado que se pretende investigar. Pero en definitiva, aun negándose el Estado a la investigación, subsiste aquella facultad de la Comisión de realizar un estudio minucioso de la situación e informar y hacer recomendaciones al Consejo Económico y Social.

D. Esquemas regionales de promoción y protección de los Derechos Humanos

a) Sistema Regional Europeo. La Convención Europea de Derechos Humanos. Esta Convención fue elaborada por el Consejo de Europa que es un organismo regional integrado por países de Europa Occidental que han adoptado el sistema democrático de gobierno, y que surgió en el año 1949 con el objetivo de lograr la unidad europea.

Son miembros del Consejo de Europa y partes en la Convención Europea de Derechos del Hombre: Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía y Gran Bretaña.

La finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros a fin de salvaguardar y promover los ideales y los principios que son su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social.

Entre sus objetivos está la salvaguarda del derecho a la vida, se prohíbe la esclavitud o servidumbre, se proclama la libertad de reunión pacífica.

En caso de guerra o de otro peligro público que amenacen la Nación, los Estados partes pueden tomar medidas que dejen sin efecto las obligaciones previstas en la convención con carácter estrictamente excepcional.⁴⁷

Juan Carlos Hitters,⁴⁸ realiza un sistemático muestreo de casos resueltos por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre los que hay que destacar:

⁴⁷ Tal suspensión de las obligaciones no autoriza a violar el derecho a la vida, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra. Tampoco ello habilita a aplicar torturas, o a someter a esclavitud o a ser condenado por aplicación de leyes o penas *ex post facto*.

En tal situación excepcional, cuando el Estado parte ejerce este derecho de derogación, debe tener plenamente informado al Secretario del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. También se debe informar la fecha en que esas medidas fueran dejadas de aplicar por cese del estado de cosas.

⁴⁸ Juan Carlos Hitters, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", tomo I, EDIAR, 1991, ps. 365-383.

–Acceso a la justicia y debido proceso legal: caso Golder c/Reino Unido y caso Delcourt c/Bélgica, respectivamente. Además: caso Unterpertinger (derecho a interrogar a los testigos), caso Milasi (plazo razonable).

–Duración de los procesos. Prisión preventiva. Caso Konig.

–Libertad sindical. Caso Sindicato Nacional de la Policía belga c/Reino de Bélgica.

–Democracia. Caso Hanside.

–Derecho a la educación. No discriminación. Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica.

–Colegiación: Caso Compte, Van Leuven y De Meyere.

–Poderes del Tribunal. Competencia. Caso Irlanda c/Reino Unido y Caso Kjelden.

–Respeto a la vida privada, derecho al matrimonio. Caso Rees c/Reino Unido.

–Libertad de expresión. Críticas en cuestiones políticas. Caso Lingers.

–Prisión preventiva. Garantías procesales. Caso Sánchez Reisse.

–Derecho a la propiedad. Caso Agosi.

La *Carta Social Europea*, también denominada carta de Turín, fue firmada en la ciudad italiana que lleva ese nombre, el 18/10/1961, es el primer tratado sobre protección de derechos económicos y sociales. Recién cinco años más tarde se aprobó el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966 en el ámbito de la ONU.

Como señala Juan Carlos Hitters, el documento en cuestión tiene la particularidad de no establecer propiamente derechos subjetivos exigibles ante el Estado, sino más bien objetivos de política común para los signatarios.

Los derechos protegidos (Parte III) son: 1. Derechos relativos al trabajo; 2. Derechos sindicales; 3. Derechos atinentes a la protección de los trabajadores; 4. Derecho a la formación y a la orientación profesional; 5. Derecho de los trabajadores migratorios a una remuneración equilibrada, a formar parte de un sindicato, a tener alojamiento, y el derecho para ellos y su familia, a la protección y asistencia social.

Para el cumplimiento de sus fines establece mecanismos y procedimientos de supervisión y control (Parte IV), para lo que crea 4 órganos de tipo administrativo que emiten informes: el Comité de expertos, el Subcomité del Comité social gubernamental, la Asamblea

Parlamentaria, y el Comité de Ministros, que analizan los informes producidos por los Estados.

Evaluación: Actuó como complemento de la Convención de Roma de 1950, pero actualmente ha quedado desfasada en el tiempo habida cuenta la evolución sufrida por los derechos económicos y sociales en los últimos 25 años.

La Convención de Roma de 1950 se complementa con once protocolos, el último de los cuales firmado en Estrasburgo el 11/5/1994, modifica el mecanismo de control establecido originariamente, sustituyendo la Comisión y el Tribunal europeos por un nuevo Tribunal Permanente.

Antecedentes de la reforma: El tema se venía debatiendo en la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos de Viena, marzo de 1985 (Resolución Nº 1); en la Asamblea Parlamentaria el Consejo de Europa, Recomendación 1194 de 1992; y en la Declaración de Viena del 9/10/1993 emitida por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa.

El Protocolo sustituye los Títulos II a IV de la Convención, crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que funcionará de manera permanente. Establece las condiciones de ejercicio de sus funciones, el procedimiento de su elección, duración del mandato, revocación. Se refiere al secretario y a los refrendarios, así como al pleno del Tribunal, a los Comités, las Salas y la Gran Sala.

Regula la declaración de inadmisibilidad por los Comités, las Resoluciones de las Salas sobre la admisibilidad y el fondo del asunto: la inhibición a favor de la Gran Sala.

Determina las atribuciones de la Gran Sala y la competencia del Tribunal tanto sobre los asuntos entre Estados (art. 33) como en las demandas individuales (art. 34).

Establece las condiciones de admisibilidad (art. 35). Prevé la intervención de terceros, y la cancelación de la causa.

Regula el examen contradictorio del asunto y el procedimiento de arreglo amistoso.

Reglamenta el dictado de las sentencias según que sean emitidas por la Gran Sala o por las Salas. Las sentencias y las resoluciones deben ser motivadas, tienen fuerza obligatoria, y se prevé un procedimiento de ejecución de sentencias.

El Tribunal también tiene facultades consultivas, pudiendo pronunciar opiniones consultivas (art. 47), relativas a la interpretación del Convenio y sus protocolos. las Opiniones Consultivas deben ser motivadas.

Se establece que los gastos de funcionamiento del Tribunal correrán por cuenta del Consejo de Europa, y se establecen los privilegios e inmunidades de los jueces.

b) Sistema Regional Americano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

Antecedentes: En el regionalismo americano, ya en las reuniones preparatorias de la Carta de Río o Carta de la OEA, se venía tratando el tema de los derechos humanos, vinculándolo con los efectos y las secuelas de la guerra, y con la no discriminación en general. Estos países, particularmente Argentina, son países que han llevado a cabo políticas de inmigración dirigidas preferentemente a colonos de Europa, pero que también se abrió a otras regiones del mundo: árabes y asiáticos.

Conferencia de México (Chapultepec) de 1945 sobre problemas de la Guerra y de la Paz. Por primera vez se trató la necesidad de establecer un sistema internacional de protección de los derechos humanos, en su resolución XV, proclamó la adhesión de las repúblicas americanas a los principios consagrados por el derecho internacional y encomendó al Comité Jurídico Interamericano la redacción de un Anteproyecto de Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, proclamando la necesidad de que la declaración fuera adoptada en forma de Convención.

Conferencia interamericana para el mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente, celebrada en Río de Janeiro en 1947.

Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá del 30 de marzo de 1948. Se dieron nuevos pasos en cuanto a la consagración de los derechos humanos, pero no así en lo referente a su protección.

La Carta Interamericana de Garantías Sociales. Se reiteró el tema en el art. 16 de la citada carta, estableciéndose que el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal agregándose otros conceptos en los capítulos VII, VIII y IX de la carta que contienen normas económicas, sociales y culturales sobre los cuales los Estados tienen la obligación de asegurar su cumplimiento.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se sancionó en diciembre del mismo año.⁴⁹

Se adoptó una resolución por la cual recomendaba que el Comité Jurídico Interamericano elabore un proyecto de estatuto para la creación y funcionamiento de una *Corte Interamericana* destinada a garantizar los derechos del hombre.

Cuarta reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Washington en marzo de 1951. Se sugería que en la Décima Conferencia Interamericana se consideraran las disposiciones necesarias a fin de que los propósitos consignados en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y Preservación y Defensa de la Democracia en América de la Novena Conferencia, adquiriera plena efectividad en todos los países del continente. Encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaborar los proyectos de Convención.

Décima conferencia interamericana de Caracas (1 de marzo de 1954). Se adoptó simplemente una declaración: "Que es deseo permanente de los Estados americanos la vigencia plena de los derechos y deberes humanos fundamentales y que sólo se puede alcanzar dentro de un régimen de democracia representativa". Se reiteró la adhesión a la declaración de derechos de Bogotá y se recomendó a los Estados el ajuste de sus legislaciones internas, al contenido de aquella.

Quinta reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Se celebró en Santiago de Chile el 12 de agosto de 1959 y adoptó dos trascendentes decisiones: 1) Crea una *Comisión Interamericana de*

⁴⁹ Se proclaman así los siguientes derechos: 1) Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; 2) A la igualdad ante la ley; 3) A la libertad de investigación, opinión, expresión y difusión; 4) A la libertad religiosa y de culto; 5) A la protección a la honra, a la reputación personal y a la vida privada y familiar; 6) A la constitución y a la protección de la familia; 7) A la protección de la maternidad y de la infancia; 8) El derecho de residencia y de tránsito; 9) A la inviolabilidad del domicilio; 10) A la inviolabilidad y circulación de la correspondencia; 11) A la preservación de la salud y al bienestar; 12) A la educación; 13) A los beneficios de la cultura; 14) Al trabajo y a una justa retribución; 15) Al descanso y a su aprovechamiento; 16) A la seguridad social; 17) Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles; 18) Derecho de Justicia; 19) Derecho de nacionalidad; 20) Derecho de reunión; 21) Derecho de protección contra la detención arbitraria; 22) Derecho al proceso regular; 23) Derecho al asilo.

Se enuncian también los siguientes deberes: 1) Ante la sociedad; 2) Para con los hijos y los padres; 3) Deberes de instrucción; 4) Deber de sufragio; 5) De obediencia a la ley; 6) De servir a la comunidad y a la nación; 7) Deberes de asistencia y seguridad sociales; 8) Deberes de abstenerse de actividades políticas en país extranjero.

Derechos Humanos con el cometido de promover el respeto de tales derechos y 2) decide convocar al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, a su IV Reunión, para que trate la estructuración de un *proyecto de Convención sobre los Derechos Humanos*.

El 25 de mayo de 1960 se aprobó el estatuto de la Comisión, cuyas funciones fueron ampliadas en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro del año de 1965.

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos presentó su "Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos", el 8 de septiembre de 1959.

En la segunda conferencia Extraordinaria de Río de Janeiro, de noviembre de 1965, se presentó el proyecto del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y otros dos proyectos más por parte de Uruguay y Chile. La Conferencia de referencia remitió esos tres proyectos al Consejo de la OEA.

Reforma de la Carta de la OEA. Por el protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967, se creó contractual y jurídicamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tiene como función principal la de promover la observancia y la defensa de los derechos de tal naturaleza y de servir de órgano consultivo de la Organización. Se anunció que una convención interamericana especial determinaría la estructura, competencia y procedimiento de ella, así como de otros órganos con similar cometido.

Convocatoria al Consejo de la OEA a una Conferencia Especializada Interamericana en la ciudad de Costa Rica en 1969, la que aprobó, el 22 de noviembre de ese año, la actual "Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica" (CADH), que entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

La CADH fue aprobada internamente por la ley 23.054, en mayo de 1984 y fue ratificada el 5 de septiembre de ese año, entró en vigor ese mismo día. Luego de la Reforma Constitucional de 1994, la CADH adquirió jerarquía Constitucional para nuestro derecho interno, ya que ha sido agregada por nuestros constituyentes en el art. 75 inc. 22 de la Reforma, como uno de los instrumentos de orden internacional con rango constitucional.

c) *Examen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Alcance e interpretación*: el Preámbulo destaca que las garantías establecidas son propias y naturales del sistema democrático de gobierno.

Se parte de un modelo que instituye la democracia, como único esquema que asegura un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. En efecto, el preámbulo dice: "... que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos..."⁵⁰

La CADH se adecúa plenamente a los principios del derecho internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define completo y adquiere sentido en función de los otros. La protección internacional es complementaria de lo que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

La convención no crea responsabilidad internacional, por su incumplimiento o violación, a los particulares. Esa responsabilidad recae en el Estado cuando no previene, evita, investiga, sanciona o repara las violaciones ocurridas en las relaciones entre particulares. Los particulares son sujetos pasivos de derechos, pero entre sí carecen de vías de exigibilidad en sede supraestatal.

d) Deberes de los Estados y derechos protegidos en la Convención
 Art. 1: "Obligación de respetar los derechos humanos".⁵¹

⁵⁰ Ideológicamente el preámbulo de la Convención se caracteriza por: sostener la consolidación americana de la democracia, por un régimen de libertad y de justicia, respeto de los derechos esenciales, reconocimiento de esos derechos con prescindencia de la nacionalidad del hombre y con arraigo en su condición de persona y en su dignidad, justificación de la protección internacional de los derechos como refuerzo del derecho interno de los Estados, idea del hombre libre, necesidad de condiciones que permitan disfrutar de los derechos civiles, económicos políticos, sociales y culturales

⁵¹ Todo esto surge implícitamente en nuestra Constitución Nacional. En cuanto a la definición de persona, en el derecho interno nos debemos remitir al Código Civil que en su art. 30 declara que "Son personas todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones".

Art. 2: “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”.

En la Argentina la CADH es uno de los pactos internacionales, que con la reforma de 1994, han adquirido jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22.

Art. 3: “Derecho al reconocimiento de la persona jurídica”.

Los Estados tienen la obligación de reconocer a todo hombre como ser o sujeto de derecho, dotado de personalidad jurídica.

Art. 4: “Derecho a la vida”.

Aparece formulado operativamente como derecho a que se respete la vida de toda persona, dice que está protegido por la ley y en general desde el momento de la concepción, de esta manera fija el comienzo temporal de la protección legal al derecho a la vida. Con relación a este artículo se entabló un debate entre católicos y abortistas, que tuvo una solución política a favor de los primeros.

La C. N. no contiene norma expresa sobre el derecho a la vida, pero está incluido entre los derechos implícitos. Cuando el Código Civil se refiere al comienzo de la persona física, proporciona en forma explícita la pauta de que el derecho constitucional protege a la vida desde la concepción.⁵²

La CADH prescribe que la ley protegerá el derecho a la vida. Prohíbe establecer la pena de muerte en los países que la han abolido. Si bien no llega a la suspensión de la pena de muerte, prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto de delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. La CADH prohíbe la pena de muerte por delitos políticos o comunes que le sean conexos, hay similitud con la norma constitucional del art. 18.

⁵² El art. 63 reconoce a las personas por nacer “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. La fórmula de la CADH al señalar que el derecho a la vida estará protegido por la ley y en general desde el momento de la concepción refuerza el argumento de que en el derecho argentino al aborto es ilegal. Igualmente en el art. 75 inc. 23 de la C. N. asigna al Congreso la competencia de dictar un régimen de seguridad social especial e integral para proteger al niño en situación de desamparo, desde el “embarazo” y la madre durante “el embarazo”. Según Bidart Campos a pesar de que esta norma reconoce la vida intrauterina no alcanza para definir la posición constitucional explícita en orden al delito de aborto.

Art. 5: "Derecho a la Integridad personal".

Se enfoca la concepción unitaria de la persona humana con dos componentes físico y psíquico, se busca garantizar el respeto a la integridad de toda persona, tanto física, psíquica como moralmente.⁵³

Art. 6: "Prohibición de la esclavitud y servidumbre".

Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, prohibiéndose en todas sus formas los tratos de esclavos y la trata de mujeres.⁵⁴

Art. 7: "Derecho a la libertad personal".

Nadie puede ser detenido arbitrariamente (de acuerdo a la ley) y sin orden de autoridad competente, los hechos que motiven la detención deben ser considerados como infracción por la ley penal. La privación de libertad por deudas u obligaciones contractuales queda suprimida, salvo el incumplimiento de deberes alimentarios.⁵⁵

Art. 8: "Garantías judiciales".

Las Garantías judiciales son los mecanismos de defensa para asegurar la observancia de las prescripciones. Las garantías del debido proceso, que implica que toda persona que es acusada de un delito, tiene el derecho a ser juzgadas por Tribunales competentes e imparciales conforme a procedimientos legales que aseguren su defensa. El proceso es garantía fundamental de los derechos humanos y constituye un método particularmente humanista para lograrlo.⁵⁶ Esta exigencia es mayor en el proceso penal.⁵⁷

⁵³ En nuestro continente la tortura y los tratos degradantes son demasiados conocidos, de allí la importancia de este artículo, como la posterior adhesión al Convenio contra la Tortura. El derecho a la integridad como parte del derecho a la dignidad se encuentra implícitamente en el art. 33 de la C. N. y expresamente asume la abolición de tormentos y azotes en su art. 18.

⁵⁴ Se rechaza el trabajo forzoso u obligatorio (art. 15 de la C. N.).

⁵⁵ Todos estos principios se encuentran contemplados en los art. 18, 19 (principio de legalidad) y en el art. 28 (principio de razonabilidad).

⁵⁶ La CADH exige que el hecho del proceso esté establecido en la ley con anterioridad, todas las personas son justiciables en igualdad ante los mismos Tribunales.

En nuestra Constitución, la igualdad ante la jurisdicción no registra norma explícita, pero sí en lo que se refiere a la igualdad ante la ley (jueces naturales).

⁵⁷ El proceso penal: Reconoce el conocimiento que debe tomar el inculpado de la acusación. La comunicación debe ser detallada y previa, la asistencia gratuita de traductor o intérprete, derecho de defensa, prueba de defensa, prohibición de

Art. 9: "Principio de legalidad y de retroactividad".

Son los principios del derecho penal "No hay crimen, no hay pena, sin ley". La CADH prohíbe condenar por actos u omisiones que al tiempo de cometerse no constituyen delitos según el derecho aplicable.⁵⁸

Art. 10: "Derecho a la Indemnización".

Regula la responsabilidad extracontractual directa del Estado por errores en la administración de justicia.

Art. 11: "Protección de la honra y de la dignidad".

El derecho a la dignidad se manifiesta en todos los otros derechos humanos.⁵⁹

Art. 12: "Libertad de conciencia y religión".⁶⁰

autoinculpación, publicidad y rapidez del proceso entre otros. Nuestra Constitución Nacional coincide en reconocer estos derechos explícita o implícitamente.

La sentencia: Luego de la sentencia admite la revisión mediante recurso por ante un tribunal superior. La CADH reconoce el derecho a recurrir ante un juez o tribunal superior.

La CADH estipula que el inculcado absuelto por sentencia firme no puede ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. El derecho argentino rechaza la substanciación de mas de un proceso penal por el mismo hecho.

La responsabilidad del Estado por error judicial solo puede prosperar a partir del momento en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegal y dejado sin efecto. La CADH indica que todo detenido o retenido debe ser llevado ante un juez u otro funcionario competente, añade que si el individuo es puesto en libertad esto no impide la continuación del proceso, todos estos principios tienden a la rapidez del juicio.

El amparo: La CADH confiere derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo.

⁵⁸ Nuestra Constitución es enfática en la cláusula del art. 18 que da recepción a la ley penal previa para que prospere el enjuiciamiento y las sanciones penales. Pero no hace referencia a la ley penal más benigna lo que si está especificado en el Código penal.

⁵⁹ La C. N. no enumera este derecho, pero se encuentra implícito en el art. 33, y algunas referencias como condiciones dignas de trabajo (art. 14 bis), trato digno (art. 42). El honor es un derecho personalísimo.

⁶⁰ La C. N. consagra la libertad de culto en forma expresa en su art. 14 y en forma implícita la de conciencia.

Art. 13: "Libertad de pensamiento y de expresión".

Reconoce la libertad de expresión y la libertad de información y de pensamiento. La CADH prohíbe la censura previa, admite las responsabilidades especiales siempre que estén fijadas en la ley y que sean necesarias para el respeto de los derechos o reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional del orden público, la salud o la moral.

Art. 14: "Derecho de rectificación o respuesta".

El bien jurídico protegido es el honor, la dignidad, la reputación o intimidad de las personas frente a cualquier afectación proveniente de informaciones inexactas. El derecho de réplica no sólo no entra en colisión con la Constitución Nacional sino que es un derecho implícito. La norma es operativa y no existe legislación interna para su aplicación. Existe obligación de que los tribunales judiciales apliquen con rango constitucional el art. 14 de la Convención. La CSJN aplicó este derecho en el caso *Ekmekdjian c/Sofovich*, después de la reforma constitucional de 1994.

Art. 15: "Derecho de reunión".⁶¹

Art. 16: "Libertad de asociación".⁶²

Art. 17: "Protección de la familia".⁶³

Art. 18: "Derecho al nombre"

⁶¹ Este derecho está reconocido por nuestra constitución en los artículos 14 y 22.

⁶² La libertad de asociación constituye otra manifestación del orden social democrático elemental para el desarrollo de la personalidad de la comunidad y especialmente para comunicarse con quienes piensan y se atraen por parecidos e idénticos ideales. La C. N. en su art. 14 protege el derecho de asociarse con fines útiles y el art. 14 bis prevé la libertad sindical, el art. 42 prevé las asociaciones de usuarios, y el art. 37 hace referencia a los partidos políticos.

⁶³ La CADH dice que el ciudadano debe ser protegido por la sociedad y por el Estado, reconoce el derecho de casarse que va acompañado por el de formar una familia. Los Estados deberán tomar medidas para asegurar la igualdad de ambos cónyuges y equivalencia de responsabilidades de ambos cónyuges.

La protección de los hijos en caso de divorcio vincular debe hacerse sobre la base del interés y conveniencia de los hijos. Reconoce los mismos derechos a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales.

Art. 19: "Derechos del niño".⁶⁴

Son normas operativas porque confieren directamente el derecho a medidas protectoras. La C. N. se refiere al niño en su art. 75 inc. 23.

Art. 20 "Derecho a la nacionalidad".

Art. 21: "Derecho a la propiedad".⁶⁵

Art. 22: "Derecho de circulación y residencia".

La CADH prohíbe la expulsión colectiva de los extranjeros. El asilo queda reconocido como un derecho por delitos políticos o comunes conexos con los políticos.⁶⁶

Art. 23: "Derechos políticos".

Los derechos políticos son los que habilitan al ciudadano para participar en la vida política de su país, con posibilidad, entre otros derechos de elección de autoridades y de ser elegidos.⁶⁷

Art. 24: "Igualdad ante la ley".

La igualdad de la persona ante la ley constituye un principio universalizado por la Revolución Francesa y se ha extendido a casi todas las constituciones nacionales, que suprimieron los privilegios y proscribieron las discriminaciones de distinta naturaleza.

Art. 25: "Protección judicial".

Regula el recurso de habeas corpus cuyo objetivo es evitar la detención prolongada y arbitraria tanto por parte de la administración de justicia como de las autoridades del gobierno.

⁶⁴ Argentina ratificó por ley la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional.

⁶⁵ La C. N. reconoce la propiedad privada, el derecho de usar y disponer de ella y además la declara inviolable, y da por abolida la confiscación de bienes. En cuanto a la expropiación es también más exigente ya que la ley que declare la utilidad pública debe ser previa al igual que la indemnización (art. 17).

⁶⁶ La C.N. reconoce los derechos de entrar, permanecer o salir del territorio a todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros. La expulsión de extranjeros es inconstitucional, porque si el art. 20 de la C.N. iguala los derechos civiles de nacionales y extranjeros, y si los nacionales no son expulsables, los extranjeros tampoco pueden serlo. Sin embargo por ingreso ilegal o clandestino se les puede obligar a salir del país.

⁶⁷ La CADH no habla de persona sino de ciudadanos sin dar los requisitos para ser considerado tal, por lo que debe entenderse que corresponde a cada Estado fijarlo.

Art. 26: "Derechos económicos sociales y políticos".

La Convención se limitó a adoptar solamente una cláusula de compromiso, de los Estados Partes.

Art. 27: "Suspensión de garantías".

Son las situaciones de anormalidad que se suelen prevenir en el derecho interno, especialmente en las constituciones. La CADH menciona la guerra, el peligro público, el caso de emergencia.⁶⁸

Art. 28: "Cláusula Federal".

La CADH tiene dos enfoques, uno dirigido a la jurisdicción federal, otra dirigido a las jurisdicciones locales de las entidades componentes de la federación y en cada uno de ellos especificó las obligaciones consiguientes.⁶⁹

E. Medios de protección de los Derechos Humanos

La legislación internacional prevé la creación de medios u órganos con competencia para entender en los casos en que los gobiernos no respeten las libertades públicas, ni la dignidad del ser humano.

La Convención crea dos órganos:

La Comisión Interamericana de derechos humanos.

La Corte Interamericana de derechos humanos.

⁶⁸ La C.N. en su art. 23 prevé el estado de sitio. Pero existen ciertas garantías que no pueden suspenderse. No significa la suspensión temporal del estado de derecho ni el otorgamiento al gobierno de poderes absolutos. Se debe mantener las garantías judiciales indispensables.

⁶⁹ El gobierno federal debe cumplir todas las disposiciones que se relacionan con la materia sobre las que él ejerce jurisdicción legislativa y judicial. Las entidades federales, que carecen de personalidad internacional, pero que como integran la federación no pueden desentenderse internacionalmente del tratado celebrado por el Estado federal.

Se obliga al gobierno federal a actuar según su constitución y sus leyes para impeler a los gobiernos locales a adoptar medidas que les permitan cumplir con el pacto.

El art. 31 admite que nuestras provincias deben respetar la supremacía de los tratados. Y por el art. 124 se permiten las provincias celebrar tratados dentro de determinadas pautas.

Al afirmar y ratificar la Convención los Estados lo hicieron en ejercicio de su soberanía admitiendo de antemano la competencia de la Comisión y de la Corte, por lo que no se podrá invocar posteriormente el principio de no intervenir en sus asuntos internos.

a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La CIDH constituye una entidad autónoma de la OEA, que se rige por las normas de la misma Carta, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y por la Convención de San José de Costa Rica. La Comisión se compone de siete miembros que deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos (art. 34) dicho órgano representa a todos los miembros que integran la OEA (art. 35). A los integrantes de la comisión los elige la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros (art. 36) y su mandato es de cuatro años, pudiendo ser reelegidos por una sola vez (art. 37). La Comisión prepara su propio reglamento.

El art. 41 de la Convención califica como función principal de la Comisión la de promover la observación y la defensa de los derechos humanos.

La Comisión puede desplegar las siguientes actividades:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos.
- b) formular recomendaciones a los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos.
- c) preparar los estudios e informes que considere conveniente para el desempeño de sus funciones.⁷⁰

Debe velar para que se promuevan los derechos derivados de las normas económicas sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenida en la carta de la OEA.

La Comisión puede solicitar a los Estados informaciones sobre la manera en que sus derechos internos aseguran la aplicación efectiva de cualquier disposición de la Convención.

Compete a la Comisión someter un caso a la Corte y puede

⁷⁰ Puede solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

Tienen como función secundaria ser órgano de consulta de la OEA.

La Comisión debe rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de la OEA (art. 41).

consultar al mismo organismo acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (art. 64).

Naturaleza Jurídica de las decisiones de la Comisión. La Comisión tiene carácter administrativo. Cumple una función de policía administrativa en materia de protección de los derechos humanos, ya que no es un tribunal, no tiene funciones jurisdiccionales y sus resoluciones no tienen la autonomía de cosa juzgada. Funciona como un órgano autónomo de la OEA.

b) Competencia de la Comisión. Por derechos humanos se entienden:

a) Los derechos humanos definidos en la CADH en relación con los Estados Partes en ella.

b) Los derechos consagrados por la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en relación con los demás Estados miembros.

Para que la Comisión tome conocimiento de un asunto es necesario que ante ella se presenten peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por parte de un Estado parte (art. 44), o por una persona o grupo de personas o entidades gubernamentales.⁷¹ El denunciante puede ser la propia víctima de la violación de los derechos humanos a otra persona que se interese por el asunto. Se exige que la denuncia recaiga sobre la violación de los derechos humanos previstos en la Convención, no se podrá denunciar los casos en los cuales se contravengan los derechos económicos, sociales y culturales por la ausencia de normas específicas en esta convención. Los Estados parte pueden declarar que reconocen la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención (art. 45). Las declaraciones sobre el reconocimiento de competencia pueden hacerse para que esta rija por tiempo indefinido y por un período determinado o para cosas específicas (art. 45).⁷²

⁷¹ El término cualquier persona (art. 44) está indicando que el sujeto activo de la acción puede pertenecer a cualquier Estado del mundo, sea o no parte del Pacto de San José de Costa Rica.

⁷² Numeral 2 del art. 45 de la CADH. Las declaraciones se depositan en la Secretaría General de la OEA, que transmitirá copia de ellas a los Estados miembros

c) *El procedimiento ante la Comisión*: Está regulado en los arts. 48 a 51 de la Convención. No solo se oye al denunciante sino también al Estado denunciado, se recibe la prueba de ambas partes, y una vez diligenciado, las partes formulan sus alegatos. El procedimiento es inquisitivo; la comisión puede pedir autorización al Estado denunciado, para practicar investigaciones en el lugar de los hechos.

Una vez que la comisión concluye el estudio del hecho denunciado como violatorio de los derechos consagrados en la Convención y redacta el informe preliminar formulando proposiciones y recomendaciones, tanto la Comisión como el Estado denunciado pueden llevar el caso ante la Corte en el plazo de tres meses. En ambas situaciones es obligatorio la comparencia de la Comisión ante la Corte (art. 57). La Comisión representa a la presunta víctima de la violación. Antes de entrar a la fase de las recomendaciones finales de la Comisión, las partes pueden llevar el asunto ante la Corte para resolver definitivamente los siguientes puntos: *admisibilidad de la denuncia, agotamiento de los recursos de jurisdicción interna y existencia de violación de derechos humanos incluido en la Convención.*⁷³

d) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Corte tiene un ámbito de competencia definido en la Convención. La naturaleza de su función es de carácter jurisdiccional y goza de autonomía.

El art. 53 establece que “los jueces serán elegidos en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados”.

Los jueces de la Corte son elegidos por un período de 6 años y solo podrán ser reelegidos una vez (art. 54 num 1).

de dicha organización. La Convención consagra la competencia facultativa de la Comisión en lo referente a las denuncias o comunicaciones interestatales, es necesario que sean precedidas por la declaración del Estado denunciante y del demandado aceptando la competencia de la Comisión.

⁷³ Si la Corte adopta una resolución contraria a la de la Comisión se interrumpe el trámite ante esta y sólo seguirá conociendo el caso en la medida en que la Corte lo determine.

La Comisión puede consultar a la Corte acerca de la *interpretación* de la Convención.

Competencia: Es la “medida de jurisdicción asignada a un órgano del poder judicial, consistente en la determinación genérica de los asuntos en los cuales es llamado a conocer, en razón de la materia, cantidad y lugar.”

La Corte puede actuar únicamente con respecto a casos que surjan dentro del marco de la Convención, ya que a diferencia de la Comisión, no es un órgano de los Estados americanos.

Para que la Corte asuma competencia es necesario que los Estados partes o la Comisión, sometan un caso a su decisión (art. 61.1). La competencia de la Corte es facultativa.⁷⁴

Si el litigio se traba entre dos Estados partes, la Corte no asumirá jurisdicción sin que ambos acepten previamente su jurisdicción.⁷⁵

La aceptación de la competencia puede formularse por una declaración presentada ante la Secretaría General de la O.E.A, o mediante manifestación formal de un Estado aceptando la competencia en el caso concreto al recibir la notificación de la otra parte.

La Corte tiene una *competencia consultiva*, la cual comprende la materia concerniente a la interpretación de los tratados relativo a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos y acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (art. 64). Ante la consulta la Corte emite un dictamen cuya única fuerza deriva de la autoridad moral de dicho órgano internacional.

La Corte puede adoptar *medidas provisionales* en caso de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a la persona, en los asuntos en que esté conociendo (art. 63).

Las *condiciones de admisibilidad* del caso son establecidas en el art. 61 num 2 de la Convención que dice: “Para que la Corte pueda conocer en cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50. El reconocimiento de la admisibilidad de la demanda, la instrucción del asunto conteniendo la información al gobierno afectado por la queja, la investigación de los

⁷⁴ En virtud de lo establecido en los artículos 51, 61 y 62, num. 3.

⁷⁵ La Declaración puede ser hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos, dice el art. 62,2 y se debe entender también que puede formularse por tiempo indefinido.

hechos y los alegatos de las partes, la tentativa de solución amistosa y el informe sobre los hechos”.

Según el art. 61 la Corte controlará si se cumplieron los requisitos de admisibilidad de la petición, que abarca el agotamiento de los recursos de jurisdicción interna, presentación dentro del plazo de seis meses y que la materia no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional o no sea la reproducción de otra petición ya examinada por la Comisión u otro organismo internacional (art. 46, num. 1 y art. 47).

El procedimiento ante la Corte. La competencia de la Corte es de naturaleza *jurisdiccional*. El procedimiento está regulado por las disposiciones de la Convención y por su Estatuto que debe ser aprobado por la Asamblea General de los Estados Americanos y así mismo por el Reglamento que dicta la propia Corte.

La Convención Americana en su sección III del capítulo VIII, hace sólo referencia a la sentencia, dejando que el procedimiento estricto lo regule el Reglamento en sus arts. 19 a 54.

Sólo los Estados parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. (art. 61,1 de la Convención). La Corte no actúa por vía de apelación sino en ejercicio de una función jurisdiccional propia. La Comisión no está subordinada a la Corte. No tienen competencia para someter un caso a la Corte, ni los individuos, ni los organismos internacionales, órganos del Sistema Interamericano o entidad gubernamental alguna.

El Estado Parte que ha sido acusado ante la Comisión, puede quedar sometido a la jurisdicción de ésta, porque es posible que exista un legítimo interés en que haya un acto jurisdiccional, firme y definitivo, que declare que no se ha violado la Convención, ya que el procedimiento de la Comisión no tiene carácter jurisdiccional. Todo Estado parte en la Convención puede someter un caso a la Corte.

Para que un Estado pueda ser demandado ante la Corte se sugiere que ese Estado haya hecho una declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte.

La Comisión tiene también el derecho de someter un caso a la decisión de la Corte (art. 61 de la Convención).

En el proceso contencioso ante la Corte, las partes son el Estado demandante, la Comisión y el Estado demandado (art. 28, Estatuto de la Corte, y arts. 20, 25, y 26 del Reglamento de la Corte). Cuando el

caso sea sometido a la Corte por un Estado, y no por la Comisión, la Comisión será tenida como parte ante la Corte (art. 28 de Estatuto de la Corte). Se considera que el individuo no es parte en el proceso ante la Corte.

Las sentencias definitivas y opiniones consultivas, así como las "resoluciones interlocutorias" que pongan término al proceso son dictadas por la Corte en pleno (art. 44.1 del Reglamento.).

El procedimiento cuenta con una etapa escrita y otra oral. La Comisión Interamericana es parte necesaria en el procedimiento (art. 28, Estatuto de la Corte); ella tiene el derecho de intervención en el proceso escrito, tanto cuando ha sometido un asunto a la Corte, como también cuando lo ha introducido un Estado. Si bien el Reglamento de la Corte encara el procedimiento como si fuera bilateral es posible que sea trilateral. En el primer caso la Comisión actúa como demandante y el Estado demandado por otro, y en la segunda situación pueden ser parte el Estado demandante, el Estado demandado y la Comisión.

El art. 24 del Estatuto se refiere a la sentencia, su comunicación y publicación. Las sentencias deben ser comunicadas en sesiones públicas y tienen que ser publicadas.

El art. 63.1 de la Convención establece que cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertades conculcados. Dispondrá, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El fallo de la Corte es definitivo e inapelable (art. 67 de la Convención).

Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. El fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de la sentencia contra el Estado (art. 68 de la Convención). La sentencia de la Corte admite el recurso de interpretación (art. 67 de la Convención), siempre que sea planteado dentro de los noventa días a partir de la notificación del fallo. El carácter definitivo e inapelable del fallo no es incompatible con el recurso de revisión que debe ser decidido por el mismo órgano que dictó el fallo.

La competencia consultiva de la Corte tiene carácter jurisdiccional y su procedimiento está regulado por los arts. 49 a 54 de su Reglamento.

En los casos contenciosos el procedimiento oral es preceptivo, tal cual lo establecen los arts. 28 y 32 de su Reglamento. En los procedimientos correspondientes a las opiniones consultivas, la Corte puede disponer que haya o no procedimiento oral.

e) *El caso Pinochet*: En octubre de 1998, el general Augusto Pinochet había viajado a Londres por razones de salud y fue detenido por orden de la justicia inglesa en cumplimiento de un exhorto que le dirigiera el juez Garzón desde España. El problema que generó esta detención tuvo aristas de carácter político y jurídico. Las normas de derecho invocables al caso, presentan la colisión de criterios de interpretación propios del derecho penal con los del derecho internacional.

A Pinochet se le pidió la extradición por delitos contra los derechos humanos, entre ellos la tortura y la desaparición forzada de personas durante el período en que ejerció la presidencia de Chile. Entre las víctimas de su régimen figuran varios europeos (españoles, franceses, italianos, ingleses y un suizo). En España, el juez Garzón investiga estos hechos en las causas donde hay víctimas de origen español. Teniendo en cuenta las características especiales del derecho internacional de los derechos humanos que establece la *imprescriptibilidad* de las causas y la *extraterritorialidad* de la jurisdicción del juez interviniente, la justicia española se considera con capacidad para exigir la extradición solicitada por Garzón. En efecto, la extradición se basa en una ley española de 1985 que establece un principio de extraterritorialidad para los genocidas extranjeros que, habiendo cometido sus delitos en su país, incluyeron a ciudadanos españoles entre sus víctimas. Y se apoya en la Convención Europea de Extradición de 1991, que establece que ordenada la captura de un sujeto investigado por un magistrado europeo, las autoridades de otro país europeo deben detenerlo.

Así lo resolvieron los magistrados de la Audiencia Nacional (Sala Penal), máxima instancia penal en España. En cuanto al derecho aplicable, se tuvieron en cuenta todas las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.

Por su parte, Chile demanda la aplicación del principio de *territorialidad* en materia de jurisdicción penal. Además, en la aplicación del derecho internacional, las autoridades chilenas consideran que la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, de la que son parte Chile y España, fija la competencia para juzgar el delito de genocidio en los tribunales del país donde ocurrieron los hechos (Chile) o en la CIJ, previa aceptación de su jurisdicción por las partes. Por su parte, Chile denuncia además que España, al adherir

a la Convención de 1948 renunció a su competencia a favor de la del país donde hubiere ocurrido el genocidio. Este argumento, no es aplicable a la Convención contra la Tortura.

Gran Bretaña, si bien cumplió con la detención solicitada por España como un procedimiento previo a la determinación de si corresponde o no la extradición de Pinochet, aplicó al caso el principio de la *inmunidad jurisdiccional* de los jefes de Estado. Adviértase que Gran Bretaña ha sido siempre un país celoso en el respeto a este principio.⁷⁶ En este sentido se pronunció la Corte Suprema inglesa, faltando todavía el pronunciamiento de última instancia que en este tema tiene la Cámara de los Lores.⁷⁷

A la luz del derecho internacional aplicable al caso, surge el conflicto entre normas consolidadas del derecho penal y normas que consagran criterios modernos que otorgan mayor jerarquía a la protección de los derechos humanos. Los temas de jurisdicción y competencia podrían haberse resuelto en este caso a favor del juicio y condena a Pinochet si ya estuviera en vigencia el Tribunal Penal Internacional, con la salvedad que también se requeriría la participación de Chile como Estado parte.

¿Goza de inmunidad Pinochet por haber sido jefe de Estado?
Coincido con el Dr. Zaffaroni⁷⁸ en cuanto a que la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares sólo ampara a esos funcionarios y a sus familias, en tanto que la convención paralela sobre misiones especiales requiere que esas misiones hayan sido anunciadas por el gobierno que las nombra y aceptadas por el receptor. Estas

⁷⁶ El principio de inmunidad de jurisdicción solo se ha relativizado en el criterio inglés para los actos "*iure gestionis*".

⁷⁷ La Corte Suprema londinense declaró ilegal el arresto realizado el 16 de octubre último, respaldando su inmunidad sobre la base de que un jefe de Estado de un país extranjero no puede ser procesado bajo las leyes inglesas. Son raras las ocasiones en las que los lores refutan una sentencia de un juez de la Corte Suprema, la máxima instancia judicial en el Reino Unido. Sin embargo, el hecho de que España haya decidido confirmar su pedido de extradición puede que ejerza cierto tipo de "presión moral" para que revisen meticulosamente los términos en los que fue fundamentada. Y, aún cuando decidieran dar marcha atrás al proceso, el ministro del Interior, Jack Straw, todavía tiene la facultad de decretar la libertad de Pinochet por "razones humanitarias".

⁷⁸ Zaffaroni es director del Departamento de Derecho Penal y Criminal de la Facultad de Derecho de la UBA.

inmidades se extienden a los jefes de Estado, pero nada se establece en el derecho internacional respecto de quienes han dejado de serlo.⁷⁹

Este episodio constituye un hito en la evolución del fenómeno de internacionalización del concepto y alcance de los derechos humanos, lo que se manifiesta en la aplicación de criterios distintos del de territorialidad para la determinación del tribunal competente en el caso de delitos de lesa humanidad. Además puso en evidencia la globalización que comprende, además de la economía y las comunicaciones, a la justicia.⁸⁰

⁷⁹ El tribunal inglés parecería confundir dos conceptos diferentes, la inviolabilidad personal del rey o jefe de Estado por los delitos cometidos en ejercicio de su cargo, con la inmunidad que se concede a dichos gobernantes cuando se encuentran transitoriamente en otra nación. El primero es un principio que proviene de la monarquía absoluta, derivado del origen divino del monarca. La conocida expresión inglesa el rey no puede hacer el mal (*the king can do no wrong*) no se concilia en la actualidad con las bases de una república democrática. Incluso en aquellos países con monarquías constitucionales, la doctrina ha entendido que el monarca es responsable por sus actos, al dejar el trono. No se comprende entonces la razón por la que extiende el privilegio a Pinochet, quien ya no es jefe de Estado. (Diario La Nación, 27-10-98.)

⁸⁰ La comisión de hechos aberrantes no sólo compromete el concurso de los magistrados del país donde ellos han ocurrido.

SECCIÓN XIX

SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA

83. Planteo del problema. 84. Individuo como sujeto de derechos. 85. Individuo como sujeto de obligaciones. 86. Responsabilidad del individuo a la luz del tratado de Londres de 1945, y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998.

En la década del setenta el hombre sólo podía ejercer activa y judicialmente la titularidad de sus derechos humanos frente al Estado que los violara en la Comunidad Europea.

En América Latina, a fines de los setenta y particularmente en los ochenta, la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue decisiva en la justificación, por constatación directa, de la condena que la opinión pública internacional hizo contra las dictaduras militares. Las ONG dedicadas a la protección de derechos humanos, como Amnesty International y CIELS, pudieron asumir la representación de los perseguidos, denunciar y accionar.

83. Planteo del problema

El problema de la subjetividad internacional de la persona humana es sumamente controvertido. Hay quienes lo niegan terminantemente y hay otros que consideran al individuo como único sujeto de todo derecho, incluso el internacional.

Ya hemos mencionado esta discrepancia en la sección dedicada a los sujetos del d.i., oportunidad en la cual señalamos la solución analítica que proporcionó Verdross. El mismo tratadista soluciona también la cuestión, más estrecha, de la personería internacional del individuo, descomponiéndola en tres cuestiones detalladas:

1º ¿Son los individuos sujetos *normales* del d.i. convencional o consuetudinario?

2º ¿Son los individuos por *excepción* sujetos del mismo?

3º ¿Son los individuos sujetos de normas establecidas por órganos de la comunidad internacional sobre la base de algún tratado?

En esta materia se enfrentan dos concepciones opuestas:

La tradicional concepción positivista, niega en general la subjetividad internacional del individuo, considerando que el d.i. sólo regula las relaciones entre los Estados y sus normas afectan al individuo, sujeto de derecho interno únicamente y sólo en la medida en que le llegan a través del mencionado derecho interno, de acuerdo a la teoría dualista.

Otra teoría atribuye al individuo la subjetividad internacional, poniéndola al nivel del Estado e, incluso, excluyendo a éste. Para algunos especialistas (Duguit, Scelle, Politis, Stowell, Baumgarren) el Estado no es más que un instrumento técnico para la gestión de los intereses de la comunidad humana pues en todo momento el derecho interno y el internacional, está dirigido a los hombres, ya sea como gobernantes o gobernados, como seres dotados de inteligencia y de voluntad.

Otros, como por ejemplo Rousseau¹ rechazan estas dos posiciones extremas, como exageradas, y se pronuncian en favor de una solución intermedia y, finalmente, otros atribuyen la personalidad internacional a los dos: al Estado y al individuo. Primero expresó tal opinión Rehn, aduciendo que las sanciones del d.i. pueden dirigirse también contra el individuo. Desarrolló este parecer Kelsen, señalando como ejemplo las sanciones a la piratería, al intento del bloqueo en la guerra marítima y a los llamados delitos de derecho internacional.

Según hemos mencionado al clasificar los sujetos del d.i.² estos son simultáneamente sujetos de derechos y obligaciones. Únicamente el individuo se presenta como sujeto de algunos derechos y obligaciones, desvinculados los unos de las otras.

Frente al DIDH el individuo asume una nueva subjetividad internacional, atento que para este tipo de derechos, se le otorga personalidad jurídica internacional, que diferencia a este derecho del derecho internacional general y clásico donde la personalidad del individuo es limitada o prácticamente inexistente (ver capítulo de sujetos del d.i.), siendo los únicos sujetos originarios de estos derechos los Estados y algunas organizaciones internacionales que estos componen (en virtud del derecho derivado).

¹ Véase Rousseau, 1966, p. 257.

² Véase N° 16, B.

“Esta nueva concepción se hace evidente en la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, en la protección de las minorías y en el recurso de petición ante organismos internacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para buscar la protección de los derechos que no se les ha reconocido”.

Los sistemas de protección originados en estos derechos le otorga al individuo legitimidad para acceder a jurisdicciones internacionales ante amenazas o violaciones a estos derechos por parte del Estado obligado a respetarlos, sí bien con características especiales en cada jurisdicción regional (por ejemplo legitimación directa en el sistema europeo o indirecta como en el sistema americano).

En base a esto Bidart Campos menciona que el derecho internacional de los Derechos Humanos está destinado a regir y a aplicarse dentro de los Estados en beneficio de las personas a las que erige en titulares de derechos o sujetos activos de los mismos. Pero hay que tener en cuenta que la fuente de ese derecho es un tratado internacional cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional.

O como sostiene el ex juez de la CIDH Monroy Cabra, “actualmente los derechos humanos dejaron de ser asunto de incumbencia exclusiva de los Estados para entrar a ser regulados internacionalmente y constituir obligaciones de los Estados”.³

84. Individuo como sujeto de derechos

Según Verdross⁴ podría considerarse al individuo como sujeto del d.i. en la medida en que haya preceptos jurídico-internacionales que concedan directa o indirectamente a los individuos la facultad de exigir de un Estado un determinado comportamiento.

Según hemos visto, no le conceden tal facultad los pactos. Únicamente el Protocolo facultativo al Pacto de los Derechos Civiles y Políticos admite las peticiones de los particulares, pero el carácter optativo lo hace ilusorio. El Pacto Europeo de los Derechos Humanos confiere una facultad similar al individuo, pero ya no la subordina al libre consentimiento del Estado. Allí el individuo es titular de derechos

³ Sorensen, op. cit., p. 489.

⁴ Verdross, 1963, p. 163.

y de acciones y ya tiene acceso directo al tribunal. En América sólo puede recurrir a la Comisión Interamericana.⁵

Además de la nombrada comisión europea, son contadas las oportunidades de esta índole que se ofrecen al individuo:

1) En materia de responsabilidad internacional de un Estado por daños causados a extranjeros se lo admite: a) cuando el individuo interesado no comparece; b) cuando interviene en el procedimiento asistiendo a los debates y presentando directamente su reclamación. Esta práctica, que en un principio sólo se admitía excepcionalmente, fue incorporada por diversas convenciones que reconocieron a los individuos la facultad de actuar directamente ante tribunales internacionales.⁶

2) El Tribunal de Justicia Centroamericano (1907-1917), constituido para cinco repúblicas de América Central, podía aceptar las demandas formuladas por súbditos de los Estados contratantes, si ellos previamente hubieran agotado los recursos legales establecidos por el derecho interno del Estado demandado. Se creó en virtud del acuerdo de Washington del 20-12-1907.⁷

3) También el derecho comunitario ha atribuido a las empresas o asociaciones interesadas en la producción del carbón y del acero, el derecho a intentar, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y de la Comunidad Económica Europea un recurso de anulación contra las decisiones del ejecutivo comunitario (véase sección XXXII).

De acuerdo al tratado de paz de Versalles, art. 297, apartados e) y h), los particulares podían comparecer como partes ante los tribunales arbitrales competentes, para conocer las acciones contra los Estados ex enemigos, y los litigios derivados de los contratos celebrados antes de 1914 entre los nacionales de los Estados que después se encontraron en estado de guerra entre sí. Encontramos estipulaciones análogas también en los tratados de paz de Trianon y de Saint Germain.⁸ Estos

⁵ Nos hemos referido al tema en la sección XVIII.

⁶ Ante la Corte Internacional de Presas, prevista por el convenio 12, art. 4º La Haya de 1907, pero que no entró en vigencia, podían comparecer los individuos, súbditos beligerantes o neutrales.

⁷ El tribunal centroamericano rechazó cuatro acciones de esta índole, por la falta de agotamiento de los recursos internos.

⁸ Según explicamos en el Nº 120 D, el estado de guerra implica la suspensión de los contratos entre los súbditos de los Estados beligerantes de los dos bandos.

tribunales arbitrales constataron que el d.i. particular había concedido a los individuos de ciertos grupos una capacidad jurídica y de obrar limitada.

5) Una capacidad igualmente limitada atribuyó a los individuos el tratado polaco-alemán sobre protección de minorías en Alta Silesia en 1922, art. 147.⁹

Determinadas categorías de individuos adquieren cierta capacidad jurídica y capacidad de obrar, exclusivamente en virtud de un tratado celebrado entre los Estados. Por lo tanto pueden también perderla si así lo disponen las partes contratantes, rescindiendo el respectivo tratado o modificándolo. Cabe agregar que si un individuo ha ganado un pleito de esta índole contra un Estado no puede imponer la ejecución de la sentencia por sus propios medios, sino que debe recurrir a la protección diplomática.

De tal modo resulta difícil compartir la opinión que sostienen hoy en día numerosos autores, que sostienen que el individuo haya alcanzado la categoría de un sujeto de d.i. como titular pleno de derechos.

85. Individuo como sujeto de obligaciones

Según hemos mencionado, Kelsen opina que el individuo es sujeto de una serie de obligaciones que le impone directamente el d.i. No dedicarse a la piratería, no romper el bloqueo, no atacar contra los diplomáticos, no dañar cables submarinos ni cometer otra clase de delitos contra el d.i.

No comparte esta opinión Verdross, quien observa que el d.i. consuetudinario no *obligaba* a los Estados a sancionar a los piratas, sino solamente los *facultaba* a esta clase de sanciones, derogando el principio general del d.i. que limita la jurisdicción del Estado en alta mar a los buques bajo su bandera. El convenio sobre alta mar de 1958, arts. 14 y 15, impuso esta obligación.

En cuanto a la norma que prohíbe la violación del bloqueo y autoriza la sanción de la misma por el ejercicio del derecho de presa, contesta Verdross¹⁰ que esta sanción supone el uso de una facultad que concede el d.i. Pero según nuestro parecer el destinatario de esta norma

⁹ Véase Verdross, 1963, p. 163, nota 73.

¹⁰ Verdross, op. cit.: con referencia a Oppenheim - Lauterpacht, v. 2, p. 313.

es más bien el Estado neutral, bajo cuya bandera navega el barco contrabandista. El deber de tolerancia le quita la facultad de tomar al armador bajo su protección diplomática.

Tampoco es el individuo, destinatario de las normas de d.i., que prohíbe la trata de negros, mujeres y niños, difusión de publicaciones pornográficas, genocidio y otros delitos del d.i. Es el derecho penal nacional quien prohíbe al individuo la comisión de estos delitos, aunque los Estados los incorporaron en sus respectivos códigos penales, en ejecución de compromisos internacionales.

Según la opinión que prevalece en la doctrina, únicamente los criminales de guerra están sometidos a una responsabilidad individual inmediata ante el derecho internacional.

Mientras el derecho convencional *obliga* a los Estados a sancionar a sus propios combatientes por la violación del derecho consuetudinario de la guerra, los faculta también a sancionar, por las violaciones de la misma clase a los combatientes enemigos que después fueran capturados como prisioneros de guerra. De tal modo es el propio d.i. consuetudinario (los usos de la guerra) el que prohíbe directamente a los individuos la comisión de una serie de delitos, inclusive si ellos no figuran en el código penal del Estado a quien pertenece el combatiente sancionado, ni del Estado que aplicó la sanción. Esta norma consuetudinaria fue confirmada por el derecho convencional. El convenio de Ginebra relativo a los prisioneros de guerra, de 1949, faculta al Estado captor a sancionar al prisionero por un acto cometido con anterioridad a 1949, pero que ya estuviese prohibido por las leyes del respectivo Estado o por el d.i..

86. Responsabilidad del individuo a la luz del tratado de Londres de 1945 y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998

El tratado de Londres de 1945, base jurídica del proceso contra los criminales de guerra, distinguía:

1) Los delitos contra el derecho *de guerra*, denominados en el citado texto “crímenes de guerra” y “crímenes contra la humanidad.” (art. 6º b),

2) Los delitos contra el derecho a la guerra, denominados “crímenes contra la paz” (art. 6º a): el planeamiento, la preparación, la iniciación y la ejecución de la guerra de agresión.

Según hemos señalado, en la presente sección y en la que expone

las normas relativas a la hostilización, los delitos contra el derecho de guerra han sido prohibidos por el d.i. consuetudinario y el convencional, con mucha anterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Únicamente no cabe allí el genocidio, delito que puede cometerse también en tiempo de paz, aunque la guerra crea una atmósfera propicia para su comisión, El art. 6º b) del tratado de Londres se limita a la recapitulación del derecho vigente.

Pero en el art. 6º a) del mismo tratado se crean nuevas figuras delictivas, que el tribunal de Nuremberg aplicó con retroactividad, a una serie de actos cometidos entre 1939 y 1945, en violación del principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", siendo esta *lex* (el Tratado de Londres) posterior a los delitos cometidos.

Las sentencias de Nuremberg y, en menor grado las de Tokio, originaron una recia controversia doctrinal, con participación de numerosos internacionalistas y, sobre todo, penalistas.

Los críticos consideraban que los dos tribunales no aplicaron el principio *nullum crimen sine poena*, sino más bien *vae victis*, atacando dos blancos: la composición de los tribunales y la violación del principio de no retroactividad.

No solamente la fiscalía sino también el tribunal fueron integrados únicamente por ciudadanos de las cuatro grandes potencias vencedoras designados por sus respectivos gobiernos, sin ninguna participación de los neutrales. No era fácil a los jueces aislarse de la atmósfera revanchista de aquel entonces.

Por otro lado los dos tribunales no juzgaban según los códigos penales ni otra clase de cuerpos normativos preexistentes, sino según el mencionado acuerdo interaliado de Londres, que estableció (el 8-8-1945 o sea *ex post*) tres clases de delitos: además de los delitos de guerra en sentido propio, los delitos contra la paz y contra la humanidad. Pero tan sólo los primeros estaban prohibidos previamente a la Segunda Guerra Mundial, por el derecho consuetudinario y el convencional.

Los defensores del tratado de Londres contestaron que ya el derecho positivo anterior a 1939, sobre todo el Pacto Briand-Kellog, había calificado la guerra de acto ilícito y la agresión de crimen internacional.

Por otra parte, la verdadera función del principio *nulla poena sine lege* es proteger al sujeto de derecho contra las arbitrariedades del juez o del legislador. Por lo tanto esta misión se vería desnaturalizada si se empleara para amparar al criminal, o para impedir la realización de la justicia. Finalmente el principio de la legalidad de las penas queda

a salvo, siempre que el acusado haya tenido la evidencia del carácter delictivo de los hechos que se le imputan, sin que fuera necesario que la infracción y las penas estuviesen rigurosamente definidas en el momento de los acontecimientos.

Si bien los juicios de Nuremberg y Tokio demuestran que en los hechos, la responsabilidad por delitos contra el derecho de la guerra se aplica sólo a los vencidos, constituyen no obstante un progreso para el d.i. pues, de ahora en adelante, el precedente de estos juicios puede disuadir a estadistas y jefes militares, de cometer delitos contra el derecho a la guerra o de la guerra.¹¹

Según numerosos internacionalistas, e incluso un juez del tribunal militar de Tokio, el Pacto Briand-Kellog imponía obligaciones tan sólo a los Estados, pero de ningún modo a los individuos o a los órganos estatales, o sea a los gobernantes. El nombrado pacto estipula la sanción contra la violación del derecho de la guerra. El Estado agresor pierde la protección del pacto y, en consecuencia, otros Estados pueden atacarlo sin violar el d.i. Por lo tanto, es una típica sanción del d.i. de carácter colectivo (que sufre toda la población del Estado agresor), pero no se hace la menor alusión a una sanción individual, que podría legítimamente aplicarse a los auténticos culpables, es decir a los gobernantes individualmente.

Es cierto que la sanción prevista en el Pacto Briand-Kellog era completamente inocua¹² y que recién la Carta de la ONU implantó sanciones efectivas contra el agresor. Sin embargo, también ellas, estipuladas en el art. 39, quedan enteramente dentro del tradicional marco de las sanciones colectivas.¹³

Con razón afirma el tribunal militar de Nuremberg, en la fundamentación de la sentencia, que sólo el castigo de los estadistas culpables y de sus auxiliares puede asegurar el acatamiento de los deberes que impone el d.i. y eliminar las guerras de agresión. También es cierto que no es justo que el canciller del Tercer Reich haya quedado impune, mientras que por su culpa perdieron la vida millones de

¹¹ No nos convencen estos argumentos, pero preferimos no expresarnos categóricamente acerca de una cuestión doctrinal que no se refiere al d.i.

¹² Era ilusorio imaginarse que, por ejemplo, Japón renunciara a la agresión contra China, o Italia contra Etiopía, por temor de no poder gozar de la protección del Pacto Briand-Kellog en el caso de ser agredida en el porvenir.

¹³ Que perdieron su operancia tan sólo como consecuencia de la escisión que se produjo en 1947 entre las grandes potencias.

soldados y de civiles. Por lo tanto es de lamentar que la Carta de la ONU, una fuente revolucionaria del d.i., no haya superado una de sus principales deficiencias: establecer la responsabilidad exclusivamente colectiva.¹⁴

Pero aún más lamentable es que, apenas dos meses después de la votación de la Carta, el tratado de Londres aplicó para un solo caso, un principio que nunca aceptó el d.i. positivo.

Aunque no avalado por el derecho positivo, es justo el principio de la responsabilidad individual del gobernante, pero da lugar a serios reparos otro principio del tratado de Londres que extiende la responsabilidad penal también al subordinado, es decir, a quién comete un delito por orden del superior.

Con razón observa Joseph Kunz que de tal modo el soldado puede enfrentar esta disyuntiva: rechazar el cumplimiento de la orden, y por consiguiente, ser fusilado en el acto o cumplirla, y como consecuencia de esto, aparecer ante el pelotón en el porvenir, condenado como criminal de guerra. Concluye el citado autor que no puede recaer en las espaldas del individuo las consecuencias de notorios desperfectos del orden jurídico internacional.

Este problema de la responsabilidad individual del subordinado se plantea en otros casos de violación de derechos humanos como los ocurridos durante las dictaduras militares vigentes en América Latina en la década de los años setenta y ochenta. El juicio a la Junta Militar y a los represores de tales violaciones en la Argentina aplicó un criterio más avanzado desde la perspectiva de una auténtica protección de la persona humana. El criterio fue el del rechazo al principio de la obediencia debida. Lamentablemente desde el poder político (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) se aceptó el criterio de la obediencia a los represores que actuaron como subordinados.

Jurisdicción del derecho internacional penal: Según Néstor Sagüés las Cortes Internacionales de DH tienden a perfilarse como una magistratura constitucional supranacional para la protección de esos derechos.¹⁵

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia marcó un hito fundamental en 1997 al celebrar su primer juicio y dictar su

¹⁴ Refutación ante el tribunal militar estadounidense en Nurenberg, 1947 el caso de Alstotter y otro.

¹⁵ Sagüés, Néstor, "Jurisdicción internacional y jurisdicción Nacional" T. 1986B, Sec. Doctrina.

primera sentencia. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda recuperó parte del terreno perdido a causa de deficiencias de gestión y administración y actualmente tiene tres procesos en curso y 21 acusados en espera de ser juzgados.¹⁶

En la Conferencia de Roma de julio de 1998 en la que se aprobó la creación del Tribunal Penal Internacional y su Estatuto se reafirma la subjetividad internacional del individuo en el caso que sea autor de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad.

¹⁶ Kofi, A. Annan, "Transición y renovación" - Memoria actual sobre la labor de la ONU, 1997, p. 61.

CAPÍTULO V

DERECHO INTERNACIONAL INSTITUCIONALIZADO

SECCIÓN XX: Organización universal

SECCIÓN XXI: Regionalismo

SECCIÓN XXII: Sistema americano

SECCIÓN XXIII: Órganos del derecho internacional;
administración internacional

SECCIÓN XX

ORGANIZACIÓN UNIVERSAL

87. Generalidades: A. *Organización internacional y estructura internacional*; B. *Desarrollo doctrinal*; C. *Historia*. 88. Miembros: A. *Admisión*; B. *Eliminación*; C. *Balance*. 89. Organos: A. *Asamblea General (AG)*; B. *Consejo de Seguridad (CS)*; C. *Secretario General (SG)*; D. *Consejo Económico y Social (ECOSOC)*; E. *Consejo de Administración Fiduciaria (CAF)*; F. *La Corte Internacional de Justicia (CIJ)*. 90. Tareas de la organización; A. *Acciones para la paz*; B. *Acciones para el desarrollo*; C. *Intentos de reforma de la ONU*; D. *La modificación de la Carta por la práctica*.

En 1995 la ONU festejó su 50 aniversario, lo que motivó que tanto en la organización como en el mundo político y académico se realizaran actividades para analizar la labor cumplida, la racionalidad de su organización administrativa, la eficacia de sus decisiones, su participación en el tratamiento y aportación de soluciones a los problemas que aquejan a la humanidad, etc.

El resultado de los estudios fue positivo, pero donde el debate continúa es en lo referido a la necesidad de introducir reformas a la Carta de la ONU para asegurar el principio de la igualdad jurídica de los Estados y la democratización de la institución, por un lado, así como el refuerzo de sus instituciones por otro lado.

87. Generalidades

A. Organización internacional y estructura internacional

La Convención de Viena de 1969 define la organización internacional como una asociación de Estados constituida por un tratado, dotada de una Constitución y de órganos comunes y que posee una personalidad jurídica distinta de sus miembros.

En 1919 fue fundada la primera organización mundial, la Sociedad

o Liga de las Naciones (SDN), predecesora de la actual ONU. Fue un acontecimiento de indudable trascendencia.

Sin embargo, aunque la comunidad internacional careció, efectivamente, de una organización formal hasta 1919, esto no significa que haya quedado hasta aquel entonces sin estructura. “Existió tradicionalmente un gobierno mundial, cuyos órganos fueron en la cristiandad medieval, el sacro imperio y el papado; después, en el mundo moderno, el concierto europeo de las grandes potencias”, escribe Scelle.¹ Algunos juristas² opinan que la cristiandad era una de las más ajustadas realizaciones de la comunidad internacional, y el concierto europeo es objeto de amplias investigaciones.³ Según señalaremos más adelante, es el concierto europeo el que sirvió de modelo para el Consejo de Seguridad, y el resultado de esta imitación fue muy pobre.

B. Desarrollo doctrinal

Sin embargo, ya Dante sugirió, todavía en 1315, la idea de una organización internacional europea, y a ella vuelven, en el transcurso de los siglos numerosos pensadores. El desarrollo paulatino de este concepto fue estudiado por numerosos investigadores, y Rousseau⁴ divide en él dos tendencias fundamentales, que se manifestaron — incluso se enfrentaron— en 1919: la continental y la anglosajona.

La concepción continental aspiraba a la organización de la sociedad internacional a imagen de la sociedad interna, con órganos dotados de amplias atribuciones y con sanciones coercitivas.⁵

¹ Scelle, 1932, p. 54.

² D'Ors, 1947; Conde, 1944, p. 148 y sigs.; Legaz, ps. 654-6.

³ Como las de Hoffmann de 1958, ps. 248-262; Halajczuk aborda este tema en su libro publicado en 1958, ps. 248-262.

⁴ Rousseau, 1966, par. 215. Truyol, 1970, ps. 188-196.

⁵ Fue desarrollado en Francia, por Pierre Dubois, *De recuperatione Terrae Sanctae*, en 1305; Sully, *Memoires posthumes*, en 1641, donde se expone el “gran proyecto” de Enrique IV; el Abate de Saint Pierre, *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, en 1713; Brunet, *Observationes sur l'établissement d'un tribunal européen pour la paix dans toute l'Europe*, en 1781, y Henry de Saint-Simon, *De la réorganisation de la société européenne*, en 1814; en Bohemia, por el rey Jorge de Podiebrad, proyecto de la federación europea, en 1461; en Italia, por Dante, *De monarchia*, en 1315, y Masilio de Padera, *Defensor pacis*, en 1324; en Holanda, por Erasmo, *Elogio de la locura*, en 1510; en Alemania por Leibniz, *Codex juris gentium diplomaticus*, en 1693; Kant, *De la Paz perpetua*, en 1795, y Fichte, *El derecho de gentes y el derecho cosmopolita*, en 1796.

Es más modesta la concepción anglosajona, que prefiere persuadir que reprimir y sancionar. Confía más en la opinión pública y en la reacción empírica que la concepción continental.⁶

Consani distingue entre el Modelo Relacional Clásico donde el Estado detenta todo el poder y el individuo necesita de su protección. Donde es legal el empleo de la fuerza y la violencia para la resolución de conflictos y el Modelo Institucional donde el poder está concentrado en los Organismos Internacionales (OI) donde el individuo es sujeto directo del d.i., donde el Estado está condicionado en su poder, debe respetar una jerarquía normativa impuesta por el orden internacional, donde los conflictos deben solucionarse por arbitraje o la CIJ.

El Estado participa de ambos modelos y trata de frenar el avance del Modelo Institucional.⁷

C. Historia

El pacto de la SDN, se inspiró casi exclusivamente en la ideología de Woodrow Wilson, con escasa influencia de las concepciones francesas.

El proyecto de pacto, de apenas 26 artículos, fue incluido en todos los tratados de paz de 1919-1920, lo que fue un evidente desacierto: la SDN aparece como una obra de los vencedores, por cuyo medio ellos creían poder eternizar la obra de Versalles.

La SDN desapareció prácticamente con la Segunda Guerra Mundial. Pero dejó legalmente de existir el 31-7-1947, fecha en que se cerraron las cuentas de la oficina de liquidación.⁸

En la Conferencia de Moscú (del 19 al 30-10-1943) los cuatro principales aliados (Gran Bretaña, Estados Unidos, URSS y China), reconocieron la necesidad de crear una vez terminada la guerra, una organización internacional que observara el principio de la igualdad

⁶ Como principales representantes pueden citarse a Tomás Moro, *Utopía*, 1518; Robert Barclay, *Apología*, 1675; William Penn, *Ensayo sobre el establecimiento de la paz presente y futura en Europa*, 1693; Bellers, *Algunas razones para el establecimiento de un Estado europeo*, 1710, y Benthan, *Fragmentos de un ensayo sobre el derecho internacional*, escrito en 1789 y publicado en 1843.

⁷ Norberto Consani: "Los modelos en la sociedad internacional contemporánea". Revista de la Escuela Nacional de Inteligencia (3º cuatrimestre 1995, pg. 85 a 103).

⁸ Todos sus bienes han sido trasladados a la ONU.

soberana de todos los Estados pacíficos y abierta a todos los Estados, grandes y pequeños. Esta decisión fue confirmada un mes más tarde, en la Conferencia de Teherán. El primer paso decisivo hacia la efectiva realización de esta idea se dio en 1944 en la Conferencia de Dumbarton Oaks. Allí se redactó un proyecto sobre la solución de algunas cuestiones que quedaron en suspenso, especialmente el procedimiento de voto en el Consejo de Seguridad. En la Conferencia de Yalta, celebrada del 3 al 11 de febrero de 1945, Gran Bretaña, Estados Unidos y la URSS, dieron una solución definitiva.

En 1945 se reunió en San Francisco una Conferencia denominada "Conferencia de las Naciones Unidas" sobre la organización internacional.⁹ Quedó abierta a todos los Estados en guerra con el Eje, y esto explica numerosas declaraciones de guerra (algunas incluso sin participación efectiva en las hostilidades) a principios de 1945 como las de: Argentina, Paraguay, Uruguay, Perú, Arabia Saudita, Egipto, Líbano, Siria, Turquía. La Conferencia deliberó durante dos meses y terminó con la firma, el 26 de junio de 1945 de la Carta de las Naciones Unidas, integrada por 111 artículos¹¹ posteriormente se resolvió establecer en Nueva York la sede permanente de la organización.

88. Miembros

A. Admisión

Los miembros de la ONU se clasifican en *originarios* y *admitidos*, pero igual que en la SDN,¹² esta distinción no implica desigualdad

⁹ "Naciones Unidas" fue en aquel entonces la denominación oficial de la alianza que luchaba contra el Eje.

¹⁰ Se clausuró después de la capitulación incondicional de Alemania.

¹¹ El Pacto de la SDN tenía sólo 26 artículos, según hemos señalado.

¹² La SDN se componía de tres categorías de miembros: *originarios*, *invitados* y *admitidos*; pero todos tenían la misma condición jurídica. Miembros originarios eran los 32 Estados vencedores que habían firmado y ratificado los tratados de Versalles, Saint Germain, Trianón, Neuilly y Sevres. Las potencias vencidas, aunque hubieran firmado y ratificado los tratados de paz, se hallaban excluidas, porque la condición de miembro originario estaba reservado a las potencias aliadas y asociadas. Los miembros originarios invitaron a los 13 Estados neutrales a adherirse al pacto, todos ellos aceptaron la invitación y sólo Suiza lo hizo bajo ciertas condiciones.

La Asamblea de la SDN aceptó por una mayoría de dos tercios a los Estados candidatos que presentaron una petición formal. Desde 1919 hasta 1939 la SDN admitió 20 Estados siendo EE.UU. la única potencia que quedó fuera de la institución.

jurídica alguna. Miembros *originarios* son los 51 Estados que después de haber participado en la Conferencia de San Francisco (o suscrito con anterioridad la declaración de naciones aliadas el 1-1-1942) firmaron y ratificaron la Carta. Cualquier Estado (no colonia) puede ser admitido con la condición de que sea pacífico, acepte las obligaciones de la Carta, y esté capacitado y dispuesto a cumplirlas (art. 4º). La *admisión de nuevos miembros* se resuelve en la Asamblea General, previa recomendación¹³ del Consejo de Seguridad, por una mayoría de dos tercios (art. 4º, párr. 2). El procedimiento de admisión es más complejo y riguroso que en la SDN, donde bastaba la decisión de la Asamblea.

Como consecuencia de la guerra fría, en los primeros años se admitió a pocos ex enemigos y ex neutrales. La URSS oponía, sistemáticamente, el veto a los candidatos propuestos por las potencias occidentales, reclamando la admisión en bloque de todos los Estados ex enemigos para lograr así el ingreso en la ONU de los Estados comunistas (Bulgaria, Hungría, Rumanía y Albania). Ante la negativa occidental, la URSS se oponía a la admisión de diversos Estados (Austria, Ceilán, Irlanda, Finlandia, Italia, Nepal, Portugal, Transjordania). La 10ª Asamblea, en diciembre de 1955, admitió a 16 Estados, habiendo renunciado la URSS a su "veto".

Como consecuencia del proceso de descolonización de Asia, Africa y Oceanía, producido a partir de la década de los sesenta, y hasta la fecha, el número de miembros casi se cuadruplica, ya que los miembros originarios fueron 51 y hoy llegan a 186. Otro proceso que también ha contribuido a aumentar el número de miembros a partir de los años noventa es la fragmentación de la URSS y el desmembramiento de Yugoslavia.

B. Eliminación

A diferencia del pacto de la SDN la Carta de la ONU no prevé la renuncia voluntaria.¹⁴ Sin embargo, en enero de 1965 Indonesia se retiró de las Naciones Unidas, pero desistió de esa decisión después de la caída de Sukarno.

¹³ La recomendación tiene aquí el sentido de una decisión.

¹⁴ De acuerdo a la declaración interpretativa que votó la Conferencia de San Francisco, cada Estado miembro tiene la facultad de retirarse de la Organización, señalando los motivos de tal decisión.

El art. 6º de la Carta prevé la *expulsión* de cualquier miembro que de manera persistente viole sus principios, decisión que corresponde a la Asamblea General, previa recomendación del Consejo.¹⁵

C. Balance

Si comparáramos las admisiones y las bajas en las dos organizaciones universales, observaríamos notables diferencias.

El criterio de admisión a la SDN era bastante selectivo. Además del cumplimiento de las condiciones formales, se evaluaba cuidadosamente la estabilidad del candidato. Los Estados bálticos tuvieron que esperar varios años porque se temía que fueran anexados por la URSS, sin que la SDN pudiera impedirlo. Tal hecho habría sido un duro golpe para el prestigio de la nueva institución, por lo tanto se prefería que aparecieran como desamparados antes de su admisión en la comunidad internacional organizada, y no como víctimas de una anexión, delito que la SDN no podía sancionar.

No aplica semejante criterio la ONU que aceptó sin demora a los nuevos Estados, por problemática que fuera su estabilidad; incluso a Pakistán, dividido en dos porciones territoriales separadas hasta la independencia de Bangladesh. Otro ejemplo fue Israel en guerra con todos sus vecinos, o Lesotho (Swazilandia), minúsculo enclave, rodeado por la República Sudafricana. No ha habido ningún problema en la admisión de nuevos miembros, desde la superación del "veto" en 1955.

De tal modo la ONU crece constantemente, incorporando a cada

¹⁵ Podía perderse la calidad de miembro de la SDN en 3 formas. En forma *voluntaria*, dando aviso con dos años de anticipación y previo el cumplimiento por el Estado dimisionario de todas sus obligaciones internacionales. Desde 1919 hasta 1939, 16 Estados abandonaron voluntariamente la SDN, entre ellos Brasil, Japón, Alemania, Italia, Hungría y España; estas secesiones se multiplicaron a partir de 1936 en que se retiraron diversos Estados hispanoamericanos: Paraguay, Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Chile, Venezuela y Perú.

La condición de miembros de la SDN también podía perderse como consecuencia de la anexión: caso Etiopía, en 1936; Austria, en 1938, y Checoslovaquia y Albania, en 1939.

A título de sanción, podía excluirse a todo miembro que violara el pacto, por el voto de todos los demás miembros de la sociedad representados en el Consejo. Fue excluida únicamente la URSS, en 1939, como sanción a su agresión contra Finlandia el 30-11-1939.

flamante Estado que quiere ingresar en ella. Por otro lado no tiene bajas.

Por consiguiente, la ONU ha logrado un ideal inaccesible para la SDN: *la universalidad*.

En la SDN sus pocos miembros se agrupaban en una especie de bloques electorales, sin cuyo apoyo resultaba difícil entrar en el Consejo. Gracias a numerosos Estados latinoamericanos España prácticamente fue miembro permanente del Consejo. Esa práctica se intensificó y perfeccionó en la ONU.

Además de *bloques* estructurales, existen *grupos* fluidos, que se reúnen y se deshacen según el criterio geográfico, de intereses comunes, ocasionales. El bloque soviético superaba a todos los demás en su cohesión. En la época staliniana los votos disidentes ocurrían sólo por error. El bloque árabe y el africano manifestaron mucha coherencia contra Israel.

El bloque latinoamericano logró mucha experiencia en las Conferencias interamericanas.¹⁶ Sin embargo no resisten debidamente a rivalidades internas y a influencias foráneas. Proporciona estos datos la internacionalista argentina Iris Mabel Laredo,¹⁷ quien además caracteriza la actitud del bloque iberoamericano ante los principales problemas contravenidos en la ONU, las causas de su unidad y heterogeneidad y por ende, su gravitación efectiva.

89. Organos

Existe mucha analogía entre las dos organizaciones mundiales, cada una de las cuales tiene, al menos dos *órganos principales*.

1. Uno compuesto por todos los Estados miembros: la Asamblea de la SDN y la AG de la ONU.

2. Otro restringido: el Consejo de la SDN y el CS de la ONU.

Pero el Secretario General de la ONU pertenece a los órganos principales, lo que apenas podría decirse acerca del Secretario de la SDN.

¹⁶ José María Ruda, miembro de la Comisión de d.i. de la ONU, analiza la aportación positiva de los latinoamericanos a la obra de la organización universal: "Latinoamérica en la ONU - Foro Internacional de 1970", v. 11, N° 2.

¹⁷ *Foro Internacional* - Año 1964, N° 16, ps. 571-611.

En cuanto a los *órganos secundarios*, las dos organizaciones tienen un órgano judicial: la SDN, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), y la ONU, la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Los examinaremos dentro del contexto de la solución jurisdiccional de los litigios internacionales, y aquí nos limitamos a señalar una diferencia estructural. Todos los Estados miembros de la ONU son sistemáticamente miembros de la CIJ, mientras que eran miembros de la CPJI solamente los Estados que firmaron el Estatuto de la Corte (véase N, 109 B).

A. Asamblea General (AG)

La Asamblea de la ONU se compone de los representantes de todos los Estados miembros. Una vez por año realizan una sesión ordinaria, pero también puede reunirse en sesiones extraordinarias. La competencia de las asambleas extraordinarias no está, de hecho, limitada al problema cuyo examen dio lugar a su convocatoria.

Como la Asamblea de la SDN, también la Asamblea General de la ONU tiene seis comisiones: de asuntos políticos y de seguridad; de asuntos económicos; de asuntos sociales, culturales y humanitarios, de fideicomisos; de asuntos administrativos y presupuestarios, y de asuntos jurídicos.¹⁸

Mientras la Asamblea de la SDN decidía por unanimidad, para la Asamblea General de la ONU basta la mayoría simple, salvo en cuestiones importantes, que necesitan una mayoría de dos tercios.

La AG tiene una competencia general y varias específicas. La general, la habilita para discutir cualquier asunto o cuestión relativo a los poderes y funciones de los órganos de la ONU. Entre las específicas enunciamos las más importantes:

- a) considerar los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales;
- b) considerar los principios del desarme y limitación de armamentos;
- c) recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualquier situación;
- d) promover estudios y hacer recomendaciones para promover la cooperación internacional en el campo político;

¹⁸ Basta una mayoría simple, para incluir otras comisiones en esta lista.

- e) promover e impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación;
- f) recibir y considerar los informes anuales del Secretario General, del CS y de los demás órganos de la ONU.;
- g) admitir, suspender y expulsar a los miembros de la ONU;
- h) fijar las cuotas o contribuciones de los miembros de la Organización para sufragar los gastos de la misma;
- i) examinar y aprobar el presupuesto de la Organización;
- j) dictarse su propio reglamento interno;
- k) establecer órganos subsidiarios;
- l) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, etc.;
- m) ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y libertades fundamentales de todos;
- n) aprobar los acuerdos de administración fiduciaria y sus modificaciones y reformas, así como las demás funciones respecto a la administración fiduciaria, que ejercerá, bajo la autoridad de la AG y el Consejo de Administración Fiduciaria;
- ñ) considerar los resúmenes y análisis hechos por el Secretario General sobre las informaciones de los Estados que administren territorios no autónomos;
- o) examinar las propuestas de los organismos especializados y hacerles recomendaciones a éstos;
- p) elegir los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, a todos los miembros del ECOSOC, a los Jueces del TIJ y al Secretario General, y
- q) adoptar las reformas de la Carta y convocar la Conferencia General para su revisión.

*B. Consejo de Seguridad (CS)*¹⁹

Según la Carta de la ONU, el Consejo de Seguridad es el órgano

¹⁹ El Consejo de la SDN tenía dos categorías de miembros: los permanentes, que eran las grandes potencias, y los no permanentes. En 1919 se componía de cinco miembros permanentes y cuatro no permanentes, pero como Estados Unidos quedó

principal. Al igual que el Consejo de la SDN tiene dos clases de miembros: cinco permanentes (Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, URSS y China) y otros, originalmente seis, no permanentes, elegidos por la Asamblea para un período de dos años, renovables por mitades cada año, y no reelegibles al menos para el período subsiguiente.²⁰ Como en la Liga de las Naciones, los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad deben representar grupos regionales:²¹ América Latina, Europa Oriental, Asia, y África. También como en la SDN, cualquier Estado (miembro o no de la ONU) que sea parte en un conflicto sometido al Consejo de Seguridad, participa en los debates. En 1963 se aumentó de 11 a 15 el número de miembros del CS. En 1998 la tendencia fue la de aumentar el número de miembros tanto permanentes como no permanentes.

El Consejo de Seguridad no celebra sesiones periódicas; puede reunirse en cualquier momento, porque cada uno de sus miembros tiene un representante permanente en la sede de la ONU.

Mientras en la SDN, en principio, el Consejo decidía todas las cuestiones por unanimidad, el CS de la ONU toma decisiones por mayoría, salvo excepciones.

Las cuestiones relativas a procedimiento se resuelven por una mayoría de 9 votos, sin embargo queda controvertido el alcance de las

fuera de la Liga, ambas categorías quedaron con cuatro miembros. Posteriormente aumentó el número de miembros no permanentes: a seis en 1922, a nueve en 1926 y a once en 1936, mientras que el de los miembros permanentes, después de la retirada del Japón, Alemania e Italia, quedó reducido a tres en 1938: Francia, Gran Bretaña y la URSS.

En 1926 ingresó Alemania en la SDN y obtuvo un puesto permanente en el Consejo. Entonces también Brasil, España y Polonia reclamaron un puesto permanente y como no lo obtuvieron, Brasil y España se retiraron de la SDN, en 1926: España, por unos meses y, Brasil, definitivamente. Prácticamente, sólo tenían posibilidades de entrar en el Consejo los Estados que pertenecieran a algún grupo, como Latinoamérica, la Pequeña Entente, la Entente Balcánica, Escandinavia, el Commonwealth, pero no los Estados aislados.

²⁰ No son inmediatamente reelegibles, como eran los miembros del Consejo de la SDN. Ver Jiménez de Aréchaga, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid 1958, ps 238 y sigs. y Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, Ed Tecnos, Madrid, 1997, p. 196 y sigs.

²¹ La representación geográfica está reglamentada por la Resolución 1991 A. (XVIII) en el sentido de que deberán ser elegidos cinco Estados de África y Asia, uno de Europa Oriental, dos de América Latina y dos correspondientes a la Europa Occidental y «otros Estados».

cuestiones de procedimiento. *Las cuestiones sustanciales* (que no sean de procedimiento), se deciden también por mayoría simple, pero incluyendo en ella a todos los miembros permanentes y presentes.

El veto o sea el voto negativo de un solo miembro permanente es suficiente para que el Consejo de Seguridad tome una decisión negativa, aún cuando todos los demás miembros voten en sentido contrario. De tal modo, el principio de unanimidad en el voto de los miembros permanentes, confiere a éstos el derecho de "veto".²²

Para la Carta de la ONU, son cuestiones sustanciales, de fondo: la solución pacífica de los conflictos; la acción coercitiva; la reglamentación de los armamentos; todo lo relativo a las zonas sometidas a tutela estratégica; la admisión, suspensión y exclusión de miembros; las relaciones del Consejo con la Asamblea y con la CIJ, y la elección del Secretario General.

En ocasiones se ha llegado incluso a ejercer lo que se llama el "doble veto" consistente en votar dos veces en contra; la primera cuando se propone una cuestión para que sea considerada o no de procedimiento, y la segunda cuando se vota el proyecto de resolución sobre el fondo de la cuestión.

Para evitar el abuso del "veto" se ha propuesto: a) considerar que la ausencia de un miembro permanente no supone el ejercicio del veto;²³ b) la abstención de votar de un miembro permanente no supone vetar la decisión²⁴ y c) otra limitación al derecho de veto se funda en el principio de la buena fe y en el último párrafo del art. 27 de la Carta, por el que: "En las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI y del párrafo 3º del art. 52, la parte en una controversia se abstendrá de votar".

Según Diez de Velasco, se puede evitar el veto aplicando el método del consenso en los debates²⁵ Este procedimiento, que en un principio

²² El principio de unanimidad fue aceptado a pedido de EE.UU. y URSS.

²³ Se hace una interpretación no literal del art. 27, número 3º, de la Carta.

²⁴ Se trata de una práctica que se inició en la S.D.N. y que ha sido seguida en la ONU ininterrumpidamente por el C. S. Diez de Velasco, Manuel "Las Organizaciones Internacionales", Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 196.

²⁵ El consenso funciona en la práctica de la siguiente forma: debatida una cuestión en el Consejo, el Presidente, en su calidad de tal, y no como representante de un Estado miembro, resume el debate y saca las conclusiones, manifestando que ellas expresan la voluntad del Consejo en su conjunto, salvo objeción por parte de algún miembro. Si esta última no se presenta, la decisión se toma por unanimidad de facto, pero sin recurrir a votación.

se conoció como mecanismo de las “decisiones presidenciales”, se inició en la 507a. sesión del CS. y, se ha afianzado en la práctica no sólo del CS., sino de otros órganos.²⁶

Las competencias del CS se encuentran señaladas en diversas disposiciones de los Capítulos VI, VII, VIII y XVIII de la Carta, y son las siguientes:

a) investigar toda controversia o toda situación susceptible de dar origen a una controversia, a fin de determinar si puede poner en peligro la paz o la seguridad internacionales;

b) determinar la existencia de toda amenaza o quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hacer las oportunas recomendaciones o tomar medidas para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales;²⁷

c) utilizar los Acuerdos u Organismos regionales en la aplicación de medidas coercitivas bajo su autoridad (art. 53, n. 1º, de la Carta);

d) ejercer todas las funciones de las NU, incluso aprobar los términos de los acuerdos de administración fiduciaria en las zonas declaradas estratégicas (art. 83, n. 1º, de la Carta);

e) elaborar planes a someter a los miembros de las N.U. para establecer un sistema de regulación de armamentos (art. 26 de la Carta);

f) dictar medidas o hacer recomendaciones para que se ejecuten los fallos del CIJ (art. 94, n. 2º, de la Carta);

g) pedir dictámenes a la CIJ sobre cualquier cuestión jurídica (art. 96, n. 1º, de la Carta y art. 65, n. 1º, del Estatuto de la C IJ);

h) crear los organismos subsidiarios que estime necesarios (art. 29 de la Carta).²⁸

²⁶ Finalmente, un último procedimiento para evitar el derecho de veto consiste en ir fijando por medio de listas las cuestiones que son consideradas de procedimiento y por tanto no sujetas a derecho de veto y procurar la ampliación de las mismas.

²⁷ Las medidas pueden implicar el uso de la fuerza (demostraciones, bloqueos u operaciones por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres) o que no impliquen el uso de la fuerza (interrupción total o parcial de relaciones comerciales, económicas, comunicaciones ferroviarias, etc., incluida la ruptura de relaciones diplomáticas).

²⁸ En este sentido, cabe mencionar que, además de dos Comités permanentes (sobre admisión de nuevos miembros y sobre reglas de procedimiento), son órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad: a) las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (35 hasta la fecha, de las que, en la actualidad, 16 siguen vigentes); b') dos Tribunales Penales Internacionales, encargados de conocer de los crímenes contra

Competencia concurrente con la AG: se trata de las siguientes cuestiones:

—recomendar la admisión de nuevos miembros de las NU (art. 4, n. 2º de la Carta);

—recomendar la suspensión o expulsión a los miembros de la Organización (arts. 5 y 6 de la Carta);

—recomendar el nombramiento del Secretario General (art. 97 de la Carta);

—decidir, coincidiendo con la AG, la convocatoria de la Conferencia General de Revisión de la Carta (art. 109, n. 1º y 3º, de la Carta);

—participar en la elección de los miembros del CIJ, y

—recomendar a la AG las condiciones en que los Estados no miembros de las NU pueden llegar a ser partes en el Estatuto del CIJ (art. 39, n. 1º, de la Carta) y

—fijar las condiciones en que dicho Tribunal estará abierto a otros Estados que no sean partes en el Estatuto (art. 35, n. 2º, del Estatuto del CIJ).

La CIJ interpretó el alcance de las facultades del Consejo en su fallo del 21-6-1971 sobre Namibia: sostuvo que el art. 24, párrafo 2º, de la Carta atribuye al CS poderes generales, por lo que puede adoptar decisiones obligatorias para los Estados miembros al margen del Capítulo VII de la Carta, dado el compromiso que los mismos han asumido por el art. 25 de la dicha Carta.

C. Secretario General (SG)

La secretaría de la ONU, es un órgano administrativo y técnico permanente. El Secretario General es nombrado por la Asamblea General, según recomendación del Consejo de Seguridad (CS), en un procedimiento análogo al del pacto de la SDN. La Asamblea fijó en cinco años la duración de su mandato. Las tareas administrativas y técnicas

el Derecho internacional humanitario cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia (Resolución 808, de 1993), y en Ruanda (Resolución 955, de 1994); c) los Comités ad hoc relativos a situaciones de serios conflictos entre Irak y Kuwait (Resolución 661, de 1990), a Yugoslavia (Resolución de 1991), a Somalia (Resolución 751, de 1992), a Angola (Resolución 864, de 1993), a Ruanda (Resolución 918, de 1994) y a Liberia (Resolución 985, de 1995)

que desempeña son análogas a las del Secretario General de la SDN,²⁹ pero posee un derecho de iniciativa política (art. 99), y la facultad de llamar la atención del CS cualquier asunto que según su parecer puede poner en peligro la paz y la seguridad.³⁰

El Secretario General es “el más alto funcionario administrativo de la Organización”.³¹

Su función es de carácter estrictamente internacional, por lo que no puede solicitar ni recibir instrucciones de ningún Gobierno y debe abstenerse de actuar en forma incompatible con su condición de funcionarios responsable únicamente ante la Organización (art. 100, n. 1º, de la Carta).³²

Competencias: La Carta sólo enuncia algunas, pero la práctica de la Organización las ha aumentado considerablemente. Entre las *técnicas administrativas*:

a) prepara el proyecto de presupuesto de la Organización y el control de gastos e ingresos;

b) organiza el trabajo burocrático de los distintos órganos de las NU y la ejecución de las decisiones de los mismos;

c) fija las competencias administrativas propias ya que actúa como Secretario en “todas las sesiones de la A.G., del C S., del ECOSOC y

²⁹ El primer Secretario General desde 1946 a 1953 fue Trygve Lie. Actualmente la ejerce Kofi Annan. El embajador argentino Carlos Ortiz de Rosas, electo por la mayoría del Consejo de Seguridad, fue vetado por la URSS en 1971.

³⁰ Además hay ocho secretarios generales adjuntos. La secretaria de la SDN era un simple órgano administrativo y el único permanente. La encabezaba el Secretario General y actuaba como un simple agente ejecutivo del Consejo y de la Asamblea, estrictamente burocrático y por ello incapaz de tomar iniciativas.

El Secretario General era secretario nato del Consejo y de la Asamblea, tenía a su cargo el enlace entre la Liga y sus miembros; dirigió los servicios de la secretaría y representaba a la SDN en los contratos privados que ella concluía

³¹ Las circunstancias políticas, la propia vida de la Organización e incluso la personalidad de los Secretarios Generales han influido para que hoy sus funciones hayan rebasado con mucho la idea primitiva de simple funcionario administrativo y se hayan ampliado a otros campos como el político y diplomático.

³² Se complementa la anterior prescripción con el compromiso por parte de los Estados miembros de “respetar el carácter internacional del Secretario y del personal de la Secretaría”, así como de “no tratar de influir sobre ellos en el desempeño de sus funciones” (art. 100, n. 2.º). Ver Díez de Velasco, Manuel, op.cit. p.202.

del Consejo de Administración Fiduciaria y realiza las demás funciones que le encomienden dichos órganos” (art. 98 de la Carta).;

d) cumple funciones técnico jurídicas, como depositario de los tratados, debe registrarlos y publicarlos;

e) ejerce también funciones técnico-asesoras en la preparación de estudios e informes, proporcionando documentos, datos e informaciones a los órganos, realizando estudios y análisis de las leyes y disposiciones administrativas que se refieren a temas que figuran en el orden del día, completa y analiza los datos facilitados por los Gobiernos y demás organizaciones respecto a los cuestionarios que se les hayan remitido, y

f) finalmente hay que señalar las funciones técnico coordinadoras entre los diversos órganos de las NU, tales como las de formular proposiciones y enmiendas y cumplir las decisiones de los órganos e informar a los órganos respecto a la medida en que sus disposiciones y recomendaciones son puestas en práctica.

Funciones políticas y diplomáticas. Estas son:

a) funciones político administrativas como la elaboración del informe anual que el Secretario debe presentar a la AG (art.98) e informes orales o escritos ante el CS, el ECOSOC y el Consejo de Administración Fiduciaria.

b) funciones político-representativas como la de formular reclamaciones en nombre de la Organización ante Tribunales nacionales e internacionales, representar a las NU ante el Tribunal Administrativo de la Organización y presentar exposiciones orales y escritas ante la CIJ, y celebrar acuerdos sobre privilegios e inmunidades de la ONU y de sus funcionarios;

c) ejerce funciones políticas y diplomáticas, sobre asuntos que en su opinión puedan poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacional (art. 99 de la Carta);

d) ejerce funciones de mediador y consejero que ha desempeñado en numerosos asuntos ;

e) ejerce funciones político-ejecutivas, como organizar los contingentes armados al servicio de las NU (cascos azules) en las operaciones para el mantenimiento de la paz.

D. Consejo Económico y Social (ECOSOC)

Estaba integrado originariamente por 18 miembros, luego se aumentó a 27 y actualmente son 54. Los elige la AG por el término de tres años y se renuevan a razón de una tercera parte cada año. Después de la reforma del artículo 61 de la Carta, en el año 1973 son elegidos según un reparto geográfico riguroso y son reelegibles.

Al principio, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) se reunía tres veces al año. Ahora lo hace dos veces al año en Nueva York y Ginebra y sus sesiones duran aproximadamente un mes. Las decisiones se adoptan por mayoría de los miembros presentes y votantes. Tiene 11 comisiones consultivas: de asuntos económicos y empleo; de transportes y comunicaciones; fiscal; de estadística; demográfica; de derechos humanos; de la condición de la mujer; de asuntos sociales, y de estupefacientes. Además cuenta con tres comisiones económicas regionales: para América latina (CEPAL); para Europa, y para Asia y Extremo Oriente.

El Consejo Económico y Social coordina las actividades de las organizaciones interestatales con tareas económico-sociales intergubernamentales y no gubernamentales. Por otro lado se ocupa de la protección de los derechos y de las libertades individuales y colaboró en la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada en 1948, y en la de los dos pactos sobre esta materia. (Véase N° 82). Facilita la asistencia técnica a los miembros de la ONU que la necesitan.

Es el órgano a cuyo cargo está la cooperación económica y social de las NU bajo la autoridad de la AG.

Competencias: tiene las siguientes:

- a) hacer o iniciar estudios e informes respecto de asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otros dominios conexos (art. 62 de la Carta);
- b) hacer recomendaciones a la AG, a los miembros de las NU y a los organismos especializados (art. 62, n. 1°, de la Carta);
- c) hacer recomendaciones para promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos;
- d) tramitar las comunicaciones y las denuncias sobre derechos humanos, según Resolución 75 (V);

e) formular proyectos de convención en materias de su competencia para someterlos a la AG;³³

f) convocar conferencias internacionales en asuntos de su competencia;

g) podrá concertar acuerdos con los organismos especializados, aunque dichos acuerdos estarán sujetos a la aprobación por la AG (art. 63, n. 1º, de la Carta);

h) coordinar las actividades de los organismos especializados mediante consultas o haciendo recomendaciones a éstos, a la AG o a los miembros de las NU (art. 63, n. 2.º, de la Carta);

i) obtener informes periódicos de dichos organismos especializados y comunicar a la Asamblea sus observaciones sobre los mismos (art. 64 de la Carta);

j) suministrar información al CS y le prestará ayuda si lo solicita (art. 65);

k) tiene la facultad de darse su propio reglamento interno (art. 72, n. 1º);

l) desempeñar funciones dentro de su competencia para el cumplimiento de las Resoluciones de la AG (art. 66, n. 1º); II) podrá también prestar, con la aprobación de la AG, los servicios que le soliciten los miembros de las NU y los organismos especializados;

m) desempeñar las demás funciones que le encomiende la Carta o le asigne la AG (art. 66, n. 3º);

n) invitar a los miembros de las NU a sus deliberaciones (arts. 69 de la Carta y 75 del Reglamento interno);

o) hacer arreglos con los organismos especializados para que los representantes de éstos participen, sin derecho a voto, en sus deliberaciones y para que representantes del ECOSOC participen en las deliberaciones de aquéllos (art. 70 de la Carta);

p) celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de asuntos de la competencia de Consejo (art. 71);

q) establecer comisiones de orden económico y social para la promoción de los derechos humanos y demás que crea necesario (art.

³³ Al respecto cabe señalar la preparación de los Proyectos de Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, el de libertad de información y el estatuto de los refugiados

68), así como los órganos subsidiarios para el mejor desempeño de sus funciones.

E. Consejo de Administración Fiduciaria (CAF)

Los territorios bajo administración fiduciaria se hallan bajo la administración internacional directa sin órganos propios. (Véase N° 104 A). La ONU la ejerce por medio de algunas potencias, a quienes encomienda la administración de ciertos países, reservándose la facultad de supervisarlas.

Por lo tanto el CAF, órgano de la ONU encargado de este quehacer, redactaba los cuestionarios anuales que las potencias administradoras debían contestar, y luego examinaba las respuestas. Sus funcionarios visitaban periódicamente los territorios bajo el fideicomiso, cuyos habitantes podían también elevar peticiones directamente al Consejo. Este las examinaba, consultando a las respectivas autoridades; la tarea necesita mucho tacto, para ayudar a los indígenas, sin herir las susceptibilidades nacionales de la potencia administradora.³⁴

El CAF se compone de representantes de tres grupos de Estados: 1) los que administran territorios bajo fideicomiso; 2) miembros permanentes del Consejo de Seguridad, y 3) otros Estados en cantidad equivalente al número de Estados administradores. Por la independencia de todos los territorios fideicometidos esta composición es inviable y ha quedado formada por los cinco miembros permanentes del CS. Las decisiones se toman por mayoría simple. En lo relativo a las zonas estratégicas bajo fideicomiso, el Consejo de Administración Fiduciaria (CAF) actúa como órgano del Consejo de Seguridad (CS), y en todos los demás asuntos como órgano de la Asamblea General (AG). Es un órgano auxiliar con cierta autonomía pero sin facultad de decisión. Su ámbito espacial se redujo, desde la emancipación de los territorios fiduciarios africanos, a Oceanía. Pero también allí se ha terminado su labor después de la independencia de las Islas Palau. Por tal razón el CAF modificó su Reglamento por Res. 2200 (LXI) del 25-5-94 eliminando la obligación de celebrar períodos de sesiones anuales.

Como los organismos especializados de la ONU tienen a su cargo

³⁴ La República Sur Africana incluso anexó el Sur Oeste Africano, que tenía bajo su mandato.

la administración internacional indirecta, las estudiaremos dentro de aquel contexto (Sección XXIII).

F. La Corte Internacional de Justicia (CIJ)

A la integración, funciones y atribuciones de estos órganos nos referiremos en la sección XXIV punto 109.

90. Tareas de la Organización

La SDN tenía una doble tarea, que ahora enfrenta la ONU: por un lado el fomento de la cooperación internacional y, por otro, el mantenimiento de la paz y la seguridad del mundo.

En la ONU, el calificativo "de Seguridad", agregado a la denominación del Consejo, pone de relieve su función específica, que es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. La función de la Asamblea incluye, en primer lugar, el fomento de la cooperación internacional, tarea para la cual le sirve el Consejo Económico y Social.

La Carta (arts. 26, 38-51; 94, párr. 2), le encargó funciones muy importantes al CS, especialmente las relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacional. Su tarea es, resolver los conflictos que surjan entre los miembros de la ONU; elaborar planes para la reducción de los armamentos; intervenir en los casos de agresión, de amenaza o de quebrantamiento de la paz,³⁵ y ordenar la ejecución forzosa de las sentencias de la CIJ.

Sin embargo, por circunstancias que no podían prever los autores de la Carta el CS se vio pronto paralizado por el abuso del principio de unanimidad, por lo tanto, la AG tuvo que sustituirlo en su tarea específica, tomando a su cargo la preservación de la paz mundial.

Las principales competencias que la Carta confiere a la Asamblea General son: discutir todas las cuestiones relativas a la aplicación de la Carta y emitir las recomendaciones; discutir sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y hacer recomendaciones;

³⁵ En tales casos asiste al Consejo de Seguridad un Comité de Estado Mayor compuesto por los jefes de los Estados Mayores (o sus representantes) de todos los miembros permanentes.

llamar la atención del CS sobre las situaciones que puedan poner en peligro la paz y la seguridad.

La competencia de la AG es esencialmente política y, en menor grado, jurídica. Al igual que la Asamblea de la SDN, posee algunas atribuciones más importantes que ejerce de modo concurrente o solidario con el CS. Sus atribuciones exclusivas son: aprobar los acuerdos de administración fiduciaria, votar el presupuesto de la organización; elegir los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad; coordinar las actividades de las instituciones especializadas; elegir los miembros del Consejo económico y social.³⁶

El presupuesto de la ONU lo prepara una comisión consultiva y lo aprueba la Asamblea, previo informe de la 5ª comisión de presupuestos de la AG.

La AG y el CS tienen atribuciones comunes: solución de los conflictos internacionales; reglamentación de los armamentos, y facultad de consultar a la CIJ. Tienen también atribuciones conjuntas: admisión y expulsión de miembros de la ONU; suspensión de derechos y privilegios; nombramiento del Secretario General, y modificación de la Carta.

La actividad desarrollada por la ONU a través de sus 6 órganos, nos demuestra que la organización mundial no es tan inoperante como lo aseguran los escépticos sino que, por el contrario, se ha convertido en el instrumento más idóneo para acelerar el proceso de cooperación internacional en el logro del desarrollo de los pueblos, la asistencia técnica, la transferencia de tecnología, el respeto por los derechos humanos, la codificación del d.i., la preservación del medio ambiente, etc.

Si bien el fin fundamental de la Carta ha sido la preservación de la paz, la organización ha comprendido que tal objetivo no se puede lograr en el siglo XX sin un justo y equilibrado desarrollo económico y social de los pueblos. Esta última finalidad, que tan afanosamente procura cumplir la ONU constituye la verdadera construcción del derecho de la paz, no como simple condenación de la guerra, sino como establecimiento y consolidación de estructuras que permitan una paz perdurable.

Cada uno de los órganos de la ONU ha realizado una labor muy

³⁶ Además tiene la facultad de autorizar a los organismos especializados, para solicitar los dictámenes de la CIJ.

valiosa: en cuanto a contribución al desarrollo progresivo del d.i. y la codificación del mismo, la AG desplegó una fructífera actividad a través de la CDI que en los últimos años ha abordado temas como el de la responsabilidad internacional de los Estados, sucesión de Estados y sus efectos sobre los tratados y otras materias; la cláusula de la nación más favorecida, la utilización de los cursos de agua internacionales, etc.

En materia de preservación de la paz, fueron considerables los esfuerzos del CS que ha tenido que intervenir en procura de la paz en el Medio y en el Lejano Oriente, en las guerras secesionistas de países de Asia y Africa, como Bangladesh, Biafra, Ruanda, o en Europa, Yugoslavia, y cuantas veces se ha puesto en peligro la paz y la seguridad internacional.³⁷ El sistema de salvaguardias sigue siendo la piedra angular del sistema de no proliferación y se caracteriza por una mayor transparencia y apertura. La Organización Internacional de la Energía Atómica (OIEA), se encarga de supervisar el funcionamiento del sistema.³⁸ Por su parte la AG que también tiene facultades en cuanto al tema de paz y seguridad internacional logró aprobar en 1974 la definición de agresión. Además convocó a un período extraordinario de sesiones dedicado al desarme que se celebró en Nueva York en mayo y junio de 1978. Se vienen realizando sucesivas Conferencias de Desarme, en donde se plantea la cuestión de la no proliferación de armas nucleares, y el establecimiento de regímenes de control para las armas nucleares, biológicas, químicas y convencionales. El 5-12-94 los presidentes de Ucrania, la Federación Rusa, EE.UU. y el primer ministro inglés firmaron un compromiso de seguridades que intercambiaron los países occidentales con Ucrania.

En materia de cooperación económica y financiera, se ha dedicado a la promoción del desarrollo, declarando 4 décadas consecutivas para el desarrollo. Se destaca la labor del Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD), la UNCTAD y la Organización de Naciones

³⁷ La poca efectividad del CS demostró que el mismo era inoperante sino contaba con el consentimiento de las superpotencias, que para ello deben coincidir en cuanto a la conveniencia de una u otra medida. Y si bien siempre el objetivo mayor es la obtención de la paz, EE.UU. y la URSS como potencias hegemónicas de dos bloques conformados en torno a 2 ideologías disímiles y contradictorias (tesis y antítesis de la historia contemporánea) no podían dejar de lado los intereses de sus sistemas para inclinar la solución del conflicto en uno u otro sentido.

³⁸ La preocupación de la OTEA pasa por el mayor o menor grado de responsabilidad con que el tema nuclear sea manejado. Como el caso Coreano, de Ucrania, Iraq, India, Pakistán, etc.

Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI).³⁹ El Banco Mundial, ha concedido préstamos y créditos por más de u\$s 20.000 millones anuales.

En materia de *cooperación científica y técnica*, por la resolución 1823 (LV), se aprobó “El plan mundial de acción para la aplicación de la ciencia y la tecnología al desarrollo”.⁴⁰ También se adelantó mucho en lo que hace a transferencia de tecnología.⁴¹

Analizando la actividad de la ONU se llega a la conclusión de que si bien su principal función es la preservación de la paz, no basta con realizar esfuerzos ingentes para evitar conflictos armados sino que es necesario *construir la paz*. Los Estados que constituyen la ONU han comprendido que la paz, no es sólo un “estado de no conflicto”, la situación opuesta a la beligerancia, sino que implica un “estado de armonía entre los pueblos”. De manera tal que es necesario un mayor entendimiento entre las naciones y realizar en forma efectiva la cooperación internacional. A esta tarea se ha abocado la ONU. Desde

³⁹ El ECOSOC adoptó una serie de resoluciones en pro de las inversiones extranjeras —Res. 1764 LIV—: en materia de la doble imposición entre los países desarrollados y en desarrollo; respecto a la movilización de recursos financieros: sobre el estudio del desarrollo de los recursos naturales no agrarios, proponiendo en este campo la realización de un programa de utilización de los recursos naturales.

⁴⁰ Por la resolución 1824 (LV) se contempla la aplicación de computadoras al desarrollo. El actual Secretario General, Kofi Annan ha puesto énfasis en la reorientación de las actividades de información pública de las Naciones Unidas, utilizando los recursos y posibilidades que ofrece Internet, distribuyendo información a través de la Web.

⁴¹ La asistencia técnica por la ONU a sus Estados miembros, en materia de recursos hídricos se manifestó bajo la forma de proyectos. Pero además el ECOSOC también consideró los problemas relativos a la administración y manejo de la ciencia y la tecnología al desarrollo. Por lo que hace al “desarrollo social”, se trató, entre otros el tema del desarrollo institucional y la participación popular; la integración y el bienestar social; la prevención del delito y la justicia penal: la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer, etc.

Otros dos programas de la ONU para poner en práctica la estrategia de desarrollo en este segundo decenio, y que han desplegado una gran actividad son el (PNUD) Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el (PNUMA) Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Por su parte la Conferencia Mundial de Población, reunida en Bucarest del 19 al 30 de agosto de 1974, consideró la situación demográfica del mundo y sus múltiples problemas, por lo que 1974 fue consagrado como “Año Mundial de la Población”. La ONU celebró varias Conferencias para el tratamiento de temas esenciales para la vida económica y política de las naciones. En Mar del Plata, 1977 se celebró la 1ª Conferencia de ONU sobre el Agua que trató la cuestión crucial de asegurar suficientes suministros de agua para un mundo de creciente población.

el célebre discurso de Kennedy ante la AG de la ONU, al proclamar la década del sesenta como "*década de desarrollo*", la organización se viene ocupando de facilitar mediante la cooperación internacional, la asistencia técnica y la ayuda financiera, los medios para que los países de menores recursos solucionen sus problemas de desarrollo. La eclosión de naciones erigidas en Estados independientes que accedieron al de AG, en lo que va del presente siglo ha roto el equilibrio en que se asentó el poder de las potencias aliadas a la terminación de la segunda guerra. Las nuevas naciones comprendieron el peso de su votación, y para la prosecución de sus intereses llegaron a constituir un verdadero frente político. A este proceso de democratización de la comunidad internacional organizada le corresponde también el de la distensión este-oeste, y el fin de la guerra fría. A partir de 1989 con la caída del Muro de Berlín y la desaparición del sistema bipolar, se fueron dando nuevas condiciones que nos están introduciendo en un nuevo orden mundial.

A. Acciones para la paz

En su más de medio siglo de existencia la ONU ha demostrado que tiene flexibilidad suficiente para adaptarse a los cambios producidos. No obstante queda en pie la necesidad de profundizar su democratización eliminando el veto y dando más participación a los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad conforme lo viene proponiendo la delegación Argentina, a la que ya hemos hecho referencia.

Sin duda alguna el propósito fundamental de la Organización es el del mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacional, lo que mantiene su vigencia aún cuando ha cesado la guerra fría y desapareció el antagonismo ideológico con repercusión estratégico militar propio del sistema bipolar. No obstante se ha producido una intensa actividad en el CS ya que al caer la rivalidad de las superpotencias hubo acatamiento a las decisiones del Consejo en materia de paz y seguridad. Cabe aclarar que actualmente tampoco se han podido celebrar los acuerdos militares previstos en el art. 43 de la Carta, por lo que el CS ha procedido a autorizar a Estados individuales (Estados Unidos) o a organizaciones regionales (OEA-OTAN) a aplicar medidas coactivas.

Al cumplirse cincuenta años de la creación de la ONU, el entonces Secretario General Boutros Ghali⁴² enunció un programa de paz di-

⁴² Boutros-Ghali "Memoria, Sobre la Labor de la Organización del 50 Aniversario", 1995.

rigido a la promoción de una diplomacia preventiva, el establecimiento de la paz y el mantenimiento de la paz.

Por *diplomacia preventiva* se entiende las medidas destinadas a evitar que surjan controversias entre dos o más partes, a evitar que las controversias existentes se transformen en conflictos y evitar que éstos, si ocurren, se extiendan. Por *establecimiento de la paz* se entienden las medidas destinadas a lograr que las partes hostiles lleguen a un acuerdo, fundamentalmente por medios pacíficos como los previstos en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas. *Mantenimiento de la paz* es el despliegue de la presencia de la ONU en el terreno, con el consentimiento de todas las partes interesadas. Las actividades de mantenimiento de las paz constituyen una técnica que aumenta las posibilidades de prevenir los conflictos y establecer la paz. Estos tres mecanismos sólo se pueden utilizar con el consentimiento de las partes en conflicto.

Hay otros tres instrumentos que son el desarme, las sanciones y la imposición de la paz. El primero se obtiene por vía de consentimiento como se viene realizando a través de las Conferencias de desarme. Las sanciones y la imposición de la paz son medidas coactivas que no exigen el consentimiento de las partes y se aplican de conformidad con el capítulo séptimo de la Carta.

Todos estos instrumentos pueden ser utilizados tanto en el marco de las Naciones Unidas como de las Organizaciones Regionales y aún fuera de la comunidad internacional organizada.

La diplomacia preventiva y el establecimiento de la paz impiden los conflictos mediante mecanismos de alerta temprana, despliegue preventivo, y establecimiento de zonas desmilitarizadas con utilización de diplomacia discreta.⁴³

⁴³ El *alerta temprana* es un proceso que exige la estrecha cooperación de los distintos organismos especializados y de las oficinas funcionales de la ONU en colaboración con indicadores políticos para determinar si existe o no una amenaza a la paz y analizar que medidas podrían tomarse. El despliegue preventivo puede aplicarse en las controversias entre Estados si el CS determina que su utilización harían improbables las hostilidades, por ejemplo si una nación teme con fundamento un ataque transfronterizo. En los casos de crisis interna en un Estado debe respetarse los principios rectores de la resolución 46/182 AG del 19-12-91 que indica que "la asistencia humanitaria deberá proporcionarse de conformidad con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad; que deberán respetarse plenamente la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados, de conformidad con la Carta de las NU; y que , en ese contexto, la asistencia humanitaria deberá proporcionarse con el consentimiento del país afectado y, en principio, sobre la base de una petición de ese país.

El mantenimiento de la paz es un método que para su aplicación requiere el cumplimiento de tres principios: el consentimiento de las partes, la imparcialidad y la abstención de recurrir al uso de la fuerza salvo en caso de legítima defensa. Ha habido casos de operaciones de mantenimiento de la paz que no contaron con el consentimiento de las partes y que no resultaron exitosos como lo fueron el de Somalia y el de Bosnia Herzegovina.

El mantenimiento de la paz y el recurso al uso de la fuerza se deben considerar técnicas alternativas y no deben utilizarse convergentemente en el mismo caso. Existen numerosos casos en que el personal dispuesto en las operaciones de mantenimiento de la paz se encuentra sometido a condiciones equiparables a la guerra como ocurrió en los casos de Angola, Camboya, Somalia y la ex Yugoslavia.

La consolidación de la paz después de un conflicto: Se obtiene mediante una red de actividades que utiliza diversos programas, fondos, oficinas y organismos del sistema de las Naciones Unidas en los campos económico, social, humanitario y de derechos humanos. Se trata de estructuras que fomenten la confianza y la interacción entre los ex contendientes. Por ejemplo en Haití, la ONU coopera con la OEA en la esfera de los derechos humanos, y contribuye a restablecer la fuerza de policía del país.

Desarme: El desarme junto con el control de armamentos y su no proliferación han sido objeto de especial interés por parte del CS (Cumbre del 31-1-92). También la AG se ocupa del tema a través de dos órganos: la Comisión 1ª que se ocupa del Desarme y la Seguridad y la Conferencia de Desarme inició negociaciones sobre un tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares. Según el informe del Secretario General Kofi Annan, en la nueva conferencia de desarme se logró poner en funcionamiento el nuevo proceso de control institucionalizado en el tratado sobre la no proliferación de armas nucleares, y se concluyó el tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares. Entró en vigor la Convención sobre las armas químicas y se llegó a un acuerdo en materia de controles respecto a la Convención sobre armas biológicas. Finalmente se logró consolidar la tendencia a celebrar acuerdos relativos a zonas libres de armas nucleares. Se está próximo a lograr prohibir por vía convencional la utilización de minas terrestres antipersonales.⁴⁴

⁴⁴ Por su parte, la AG recomendó la negociación de un tratado que prohíba la producción de material fisionable. Se logró la firma y aprobación de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas

También se propone el “microdesarme” a fin de ponerle freno a la enorme proliferación de las armas de asalto automáticas, las minas antipersonal y otras armas similares. Se ha comprobado que todos los años se gastan miles de millones de dólares en armas ligeras las que representan la tercera parte del volumen total del comercio mundial de armamentos. Los programas de microdesarme han tenido éxito en procesos de consolidación de la paz después de los conflictos como fue el caso de Nicaragua y el de Guatemala.

Sanciones: A ellas se refiere el art. 41 de la Carta. El objetivo de las sanciones es modificar la conducta de la parte que pone en peligro la paz y seguridad internacional. No se trata de castigar ni de tomar represalias de otra forma. La aplicación de las sanciones pueden ocasionar dificultades de carácter ético y práctico, motivo por el cual se deben aplicar buenos mecanismos de control a fin de evitar que sea peor el remedio que la enfermedad. Nos referimos a las sanciones aplicadas por la ONU en la sección XXV sobre sanciones en el d.i..

Acción coercitiva: En 1950 el Consejo de Seguridad autorizó la aplicación de medidas coercitivas en Corea. En 1990 adoptó una medida similar contra Irak como sanción a la invasión de Kuwait. Otras medidas coercitivas se han aplicado para crear condiciones que permitieran realizar operaciones de socorro en Somalia y en Ruanda, y para facilitar el establecimiento de la democracia en Haití. En estos últimos casos se ha autorizado a grupos de Estados miembros a aplicar las medidas coercitivas.

Cooperación con las Organizaciones Regionales: Existen por lo menos cinco modalidades de cooperación entre la ONU y las organizaciones regionales, por ejemplo con la OUA y con la OEA:

1) *Consultas:* consiste en el intercambio de opiniones sobre conflictos que interesan tanto a la ONU como a una organización regional determinada (Haití). En la memoria de 1997 el Secretario informó que las consultas con la OUA por los conflictos entre los países de la zona de los lagos (Ruanda), son diarias.

2) *Apoyo diplomático:* La organización regional apoya las iniciativas diplomáticas o proporciona apoyo técnico.

bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción la que ya ha sido ratificada por más de 131 países. Lo mismo ha ocurrido con la Convención que prohíbe las armas químicas donde se han registrado más adhesiones al tratado sobre la no proliferación de armas nucleares.

3) *Apoyo operacional*: Por ejemplo la participación de la fuerza aérea de la OTAN para apoyar a la fuerza de protección de las Naciones Unidas en la ex Yugoslavia (UNPROFOR).⁴⁵

4) *Despliegue conjunto*: Es el caso de misiones de las NU con la Comunidad Económica de los Estado del África occidental (CEDEAO) en Liberia o de la NU con la Comunidad de Estados Independientes en Georgia.

5) *Operaciones conjuntas*: Es el caso Haití, en el que la NU y la OEA se dividieron la dotación del personal, la dirección y la financiación de la misión.

La tarea multifuncional de las operaciones de mantenimiento de la paz llevan a la necesidad de una mejor reglamentación de las mismas para lo que se ha creado un equipo de tareas sobre las operaciones de las Naciones Unidas, el que está analizando además los aspectos financieros de tales operaciones. Ya lleva desarrolladas más de 35 operaciones de mantenimiento de la paz. Desde 1945, las Naciones Unidas tienen en su haber la negociación de numerosos arreglos pacíficos que han acabado con conflictos regionales. Algunos casos recientes son el final de la guerra irano-iraquí (1988), la retirada de las tropas soviéticas de Afganistán (1989), el final de la guerra civil en El Salvador (1992) y un papel fundamental en el logro de la paz en Camboya (1993), Mozambique (1994), Angola (1995) y Guatemala (1996).

B. Acciones para el desarrollo

Otro de los grandes propósitos de la ONU es la cooperación internacional en el orden económico y social. La Organización ha multiplicado las actividades previstas en el art. 55 de la Carta mediante la creación de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y el programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Además, desde 1960 viene declarando consecutivamente cuatro decretos de las NU para el desarrollo. En los años

⁴⁵ En los Balcanes la misión de las Naciones Unidas en Bosnia y Herzegovina y su Fuerza Internacional de Policía colaboran estrechamente con la Fuerza de estabilización de la OTAN para hacer realidad los compromisos asumidos en Dayton, Ohio.

70' (segunda década) se formuló la propuesta del Nuevo Orden Económico Internacional, que tuvo su expresión jurídica en:

1) Res. 3201 (S-VI) de la AG. "Declaración para el establecimiento de un nuevo orden económico internacional" (NOEI). Su antecedente directo es la Declaración final de la Conferencia de los Jefes de Estados o de Gobierno de los países no alineados celebrada en Argel (9-73) que atribuyó el fracaso de la estrategia internacional del desarrollo a la falta de voluntad política de los países desarrollados para tomar medidas de urgencia y con un mayor compromiso. Al plantearse el tema ante el Secretario General, éste lo incluyó para su tratamiento en el período extraordinario de sesiones de la AG (4-74), que aprobó las Res.3201 y 3202.

2) Res. 3202 (S-VI) de la AG "Programa de acción para el establecimiento de un nuevo orden económico internacional" (S-VI).⁴⁶

3) Res. 3281 (XXIX) de la AG "Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados. Su antecedente es la conferencia del presidente mexicano Luis Echeverría ante la 3ra. conferencia de la UNCTAD en Santiago de Chile, que demandó a la comunidad internacional el reconocimiento de las justas demandas de los pueblos.⁴⁷ La Carta fue aprobada por la AG el 14-12-74. En el art. 8 se establece el deber de los Estados de cooperar para facilitar relaciones económicas internacionales más racionales y equitativas y para fomentar cambios estructurales en el contexto de una economía mundial equilibrada en armonía con las necesidades e intereses de todos los países, en particular los países en desarrollo, y con este propósito deberán adoptar medidas adecuadas. Los temas más conflictivos que introdujo fueron el relativo a las nacionalizaciones, el control y el status jurídico de las inversiones extranjeras, y la transferencia de ciencia y tecnología.

4) Res. 3362 (S-VII) de la AG "Desarrollo y cooperación económica

⁴⁶ Las acciones propuestas en el programa apuntan a : 1) la modificación de la división internacional del trabajo, para que sea más racional, justa y equitativa; 2) mejorar los precios de las materias primas; 3) control de las inversiones extranjeras por parte de los países subdesarrollados y control de la actividad de las empresas multinacionales y 4) la participación más efectiva de esos países en las instituciones financieras internacionales

⁴⁷ Los principios reclamados por Echeverría eran 4: 1) el respeto al derecho de cada pueblo de adoptar la estructura económica que le convenga; 2) el no uso de las presiones económicas para disminuir el ejercicio de la soberanía política de los Estados; 3) el sometimiento del capital extranjero a las leyes del país que los recibe y 4) la prohibición de las corporaciones multinacionales.

internacional". El programa tiene carácter complementario, pero define a la Carta como un instrumento eficaz para crear un nuevo sistema de relaciones económicas internacionales basado en la equidad, la igualdad soberana y la interdependencia de los intereses de los países desarrollados y los países en desarrollo.

5) Res.35/166 AG del 15-12-1980 que encomendó al Instituto de las Naciones Unidas para la formación profesional y la investigación (UNITAR), informar acerca del desarrollo progresivo de los principios del NOE. Según el estudio, la práctica de los Estados ya ha consagrado los siguientes principios: a) el trato preferencial para los países en desarrollo; b) estabilización de los ingresos por exportaciones de los países en desarrollo; c) soberanía permanente sobre los recursos naturales; d) derecho de los Estados a beneficiarse de la ciencia y la tecnología; e) derecho a recibir asistencia para el desarrollo; f) igualdad de participación en las relaciones económicas internacionales; g) patrimonio común de la humanidad; y h) libertad de elección del sistema económico.⁴⁸

6) Res. 45/52 AG del 9-12-91 se creó un grupo de trabajo para seguir la evolución de los principios del NOEI, a propuesta de la 6ta comisión de la AG.

Observación: Si bien sobre el NOEI se ha tratado en la Comisión de las NU para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), no ha sido objeto de estudios en la CDI, por la oposición de los países occidentales desarrollados.

En los últimos años las NU han iniciado un proceso de examen y definición del desarrollo celebrando un ciclo de conferencias mundiales con este propósito. En 1992 en Río de Janeiro, la Cumbre de la Tierra, se examinó la relación entre el medio ambiente y el desarrollo. Para compatibilizar las exigencias del desarrollo con las de la preservación del ambiente se elaboró la tesis del desarrollo sustentable, por lo que se procedió a crear la Comisión de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible. En la II Cumbre para la Tierra (Nueva York, junio 1997), se constató un limitado avance pero se resolvió continuar implementando lo dispuesto en la agenda 21 (Programa de Acción Río/92).

En 1993 en Viena se invitó también a representantes de la sociedad civil para debatir la relación entre los derechos humanos y el desarrollo

⁴⁸ Desarrollo progresivo de los principios del NOEI...A/39/504/add.1, Anexos III y IV.

y se llegó a la conclusión de que el derecho al desarrollo es un derecho humano fundamental. En 1994 en El Cairo tuvo lugar la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo estableciendo la vinculación entre ambos conceptos. En 1995 se celebró en Copenhague la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social⁴⁹ en donde se contemplaron los urgentes problemas que ocasionan la pobreza, el desempleo y los trastornos sociales. En septiembre del mismo año se realizó en Beijing la Conferencia Mundial de la Mujer en la que se debatió la integración de la mujer en las actividades de desarrollo. En 1996 se reunió en Estambul la Conferencia Mundial sobre los Asentamientos Humanos, Hábitat 2, también denominada Cumbre de las Ciudades.

Hay programas especiales de Naciones Unidas como el PNUD, que viene realizando grandes inversiones para facilitar el desarrollo en los países más pobres. El Programa Mundial de Alimentos (PMA) es el mayor organismo multilateral para la alimentación que proporciona cada año un tercio de la ayuda alimentaria del mundo.

También se realizaron otras Conferencias para las cuestiones que presentan mayores urgencias. Corresponde destacar la estrategia elaborada por la Secretaría General para abordar los grandes temas que preocupan a la ONU. El ex Secretario Boutros Ghali formuló dos

⁴⁹ Sobre el tema ver: Rafael Zafra Espinosa: "Copenhague 1995, De la locura organizada a la utopía razonable?", en Número especial 50 Aniversario de la ONU.

La Conferencia de Copenhague había elaborado cuatro estrategias para la consecución de los objetivos del plan, que consistían en:

1) El pacto 20/20 que está dado por el compromiso de dedicar el 20% de la ayuda que los países ricos envían a los pobres a necesidades básicas educación, sanidad, etc., a cambio de que el país receptor se comprometa a dedicar el 20 % del presupuesto al mismo fin.

2) El dividendo de paz : consiste en destinar todos los años el 3% de los gastos militares a programas sociales que impulsen el desarrollo humano y el desarme en el Sur.

3) Conseguir que los países ricos dediquen el 0,7% de su PIB a la ayuda oficial al desarrollo.

4) La renegociación de la deuda externa de los países del Sur y la condonación de la de los países más pobres.

El resultado de la Conferencia, para evitar que los países desarrollados patearan el tablero fue que el pacto 20/20 se convirtiera en una posibilidad y no en una obligación, y que las otras tres estrategias se aplicaran tan pronto como sea posible sin establecer plazos ni obligatoriedad. Es decir, que los países desarrollados solo asumieron un compromiso político pero se negaron a obligarse jurídicamente, evitando la firma de un tratado internacional y la puesta en práctica del mecanismo de la responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento.

programas: el de paz y el de desarrollo, a los que ya nos hemos referido. Además destaca la labor de la justicia y particularmente de la CIJ en la solución de los conflictos que en cada terreno puedan presentarse. A tal fin se invita a los miembros de la organización a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte.

El actual Secretario Kofi Annan, en la Memoria Anual de la ONU de 1997, titulada: "Transición y Renovación", aborda el estado actual de la organización en una época de grandes cambios, y presenta un "Programa de Reforma" para lo que considera necesario introducir cambios en la institución.

C. Intentos de reforma de la ONU

En la Conferencia de San Francisco no se pensó en la hipótesis de que uno de los miembros permanentes usara de su derecho de veto para paralizar el funcionamiento del Consejo de Seguridad. Sin embargo la URSS *abusó sistemáticamente de esa facultad, incluso en casos en los que sus intereses directos no estaban afectados*. Especialmente, frenó la admisión de nuevos miembros.

Para salir del impasse, la Argentina propuso en 1948, suprimir el veto mediante una enmienda a la Carta; pero esa enmienda estaba subordinada, por el artículo 108, a la ratificación de todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que no votaron por la reducción de sus privilegios. Por lo tanto, se pidió a los miembros permanentes que restringieran voluntariamente, el uso del veto. Desafortunadamente esta autolimitación dependiente de la buena voluntad de los interesados, no era probable. El único resultado obtenido fue la aceptación, en 1949, por los miembros permanentes del Consejo, del compromiso de consultarse previamente a la votación de cualquier cuestión importante.

Como el recurso abusivo al veto frenó desde el principio el funcionamiento del Consejo de Seguridad, se intentó compensar este defecto fortaleciendo la Asamblea General, por dos métodos:

Una comisión interina permanente, la "pequeña Asamblea" fue establecida por una resolución de la AG del 13-11-1947, fue renovada por un año y después prolongada para siempre por una resolución del 22-11-1949. La URSS y los Estados del bloque soviético cuestionaban la legalidad de esta decisión, que consideraban contraria a la Carta, y la boicotean. Rusia como sucesora de la URSS cambió de actitud.

La comisión interina sesiona todo el año, salvo durante las sesiones ordinarias de la AG. Asimismo tiene la facultad de convocar la AG a sesión extraordinaria y hacer las investigaciones que considere oportunas, pero sólo en la sede de la ONU. Para realizar una encuesta externa, necesita el consentimiento del Estado o Estados interesados. Es competente para examinar los conflictos pero, al igual que la propia Asamblea, no puede ocuparse de las cuestiones que figuran en la agenda del CS.

Para evitar la aplicación del *veto*, durante la guerra de Corea, adoptó la AG la resolución bajo el nombre de "Unidos para la Paz", que modifica las competencias de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad. Si el Consejo queda paralizado por el *veto* en caso de agresión o de amenaza de agresión, la Asamblea, convocada por siete miembros cualesquiera del Consejo puede reunirse en un plazo de 24 horas y adoptar medidas colectivas. Dos comisiones auxiliares: la comisión de observación para la paz y la comisión de medidas colectivas, facilitan la eventual acción de la Asamblea.

En la doctrina, fue dispar la valoración de las dos reformas que hemos expuesto. Mientras algunos internacionalistas las aplaudían, como Eduardo Jiménez de Aréchaga,⁵⁰ otros, como por ejemplo Roger Pinto,⁵¹ la criticaban acerbamente, como medidas no sólo ilegales sino también antipolíticas, que ahondaban la guerra fría y cerraban la puerta a la coexistencia pacífica. Otros expresan una crítica matizada, como por ejemplo Charles Rousseau.⁵² Admite que las dos decisiones, de 1947 y 1950, modifican la Carta. Recuerda que la reforma que pedían Argentina y Chile hubiera sido preferible que se incluyera en un tratado especial, abierto a la firma de todos los Estados miembros. Pero reconoce que también en este caso los Estados del bloque soviético votaron contra la resolución. Por oportunas que puedan parecer estas modificaciones del régimen de la Carta, tendientes a desplazar el centro de gravedad del Consejo de Seguridad hacia la Asamblea General es de lamentar que esta democratización de la ONU haya sido realizada a expensas de la legalidad formal. Incluso cuando resulte socialmente necesario, el procedimiento de la enmienda encubierta siempre constituirá, en el orden internacional un error jurídico.

El CS de la ONU se formó como un directorio integrado por las

⁵⁰ Jiménez de Aréchaga. 1958, ps. 339-407.

⁵¹ Pinto, 1958, ps. 198-209.

⁵² Rousseau, 1966, p. 251.

cinco grandes potencias victoriosas, que tenían que tomar las decisiones por unanimidad. Para salvar las apariencias democráticas, se le agregaron los miembros no permanentes, cuyo consenso no se requería. Gracias a esta institucionalización se dotó de fuerza coactiva. Pero el Consejo de Seguridad tenía que disponer de acuerdo al art. 43 de la Carta, de una fuerza propia, compuesta de continentes que debían poner a su disposición los Estados miembros de la ONU.

Dicho artículo quedó en letra muerta; nunca se firmaron los tratados por los cuales los Estados habrían puesto contingentes armados a disposición del Consejo de Seguridad. Por lo tanto carecían de realismo los arts. 43 a 50.⁵³

La SDN fracasó irremediabilmente en su misión de preservar la seguridad mundial. La ONU tuvo un éxito mayor, pero está lejos de confirmar las esperanzas depositadas en ella. La AG se reúne en sesiones ordinarias una vez por año, y las competencias de la "pequeña Asamblea" permanente (creada en 1947) son reducidas. Por lo tanto, ante el escaso accionar del Consejo de Seguridad el Secretario General incrementó su influencia en la Organización llegando a ser imprescindible para el funcionamiento de la misma en su actual estructura.⁵⁴ El reemplazo del CS por la AG, como forma de impedir la paralización del funcionamiento de la Organización, significa renunciar al propósito de instaurar un supergobierno con una fuerza coactiva propia. Superado el sistema bipolar y ante la necesidad de adecuar el funcionamiento de

⁵³ Igualmente el Consejo no estaría en condiciones de aprovecharlos porque pronto, desde el estallido de la guerra fría, en 1947, quedó paralizado por el constante *veto* soviético. Es por eso que tuvo que reemplazarlo la Asamblea general, en virtud de las reformas de 1947 y 1950.

Sin embargo fue tan sólo un reemplazo relativo. Únicamente el CS está facultado para *ordenar* la coacción a fin de restablecer la paz y la seguridad; la Asamblea general puede tan sólo *recomendar* las medidas económicas y la ayuda militar a la víctima de la agresión.

Ver comentario del Secretario General de la ONU a la resolución "Unidos para paz" de 1957.

Cabe recordar que como la operación de 1950 en Corea fue recomendada por la AG, fueron las fuerzas armadas estadounidenses quienes la llevaron a cabo con la participación de escasos contingentes de otras naciones; la ONU les prestó únicamente su bandera celeste...

⁵⁴ Esto explica por qué el bloque soviético, contra cuya voluntad fue implantada la nombrada estructura, intentó eliminar al Secretario General, sustituyéndolo por un órgano colegiado inoperante, compuesto por un representante de occidente, uno comunista y uno del campo no alineado, órgano denominado "troika" en el lenguaje periodístico.

la ONU al nuevo panorama internacional, se plantea la necesidad de producir reformas a la Carta de la Organización.

La Carta de la ONU fue criticada en las tres dimensiones. En la *analítica*, Hans Kelsen señaló magistralmente una larga serie de lagunas y, por otro lado, de conflictos positivos entre distintas disposiciones. En la *axiológica*, otro representante de la misma escuela, Joseph Kunz, señaló el sacrificio incondicional del valor justicia a los valores paz y seguridad. En la *sociológica*, son notorias las críticas en razón de la inadaptación de la Carta a las realidades de la posguerra. Como dijo Hoover, la Carta fue redactada para un mundo único y no para los dos mundos en que se escindió nuestro planeta en 1947, al estallar la guerra fría. No es gracias a las previsiones de la Carta, sino a pesar de ellas, que la ONU mantiene cierto papel en la preservación de la paz, tarea de la que se encargó la Asamblea General, influyente tribuna de la opinión mundial.

D. La modificación de la Carta por la práctica

La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, es una vía por la que, ciertamente, se ha modificado la Carta de las Naciones Unidas. Así lo afirmó la CIJ en 1971 en ocasión de su dictamen definitivo sobre Namibia, cuando en relación con la abstención de los miembros permanentes en las votaciones del CS afirmó que no invalidaban la legalidad de la decisión adoptada. La CIJ consideró que la práctica establecida por el CS y que haya sido aceptada como tal por los Estados miembros puede haber modificado disposiciones de la Carta por un procedimiento distinto al previsto en la propia Carta.

La redacción del art. 27 no ha sido modificada, sigue disponiendo que es necesario el "voto afirmativo" de todos los miembros permanentes. Pero esta disposición ha sido modificada por procedimientos no formales, con las ventajas que tienen los procedimientos consuetudinario de facilidad de adecuación y las desventajas de la imprecisión y la inseguridad jurídica.⁵⁵

Por otra parte debería suprimirse ciertas disposiciones anacrónicas

⁵⁵ Xavier Pons Rafols, titular de DIP Universidad de Barcelona, "La Reforma de la Carta de las Naciones Unidas", Número especial 50 aniversario de N.U.

o que han caído en desuso como las referidas a la calificación de Estados enemigos que se le asigna a Alemania y Japón (Arts. 53 y 107), o los capítulos XII y XIII que regulan el Consejo de Administración Fiduciaria, órgano que luego de la autodeterminación de Palau prácticamente terminó de cumplir su cometido.

En sus aspectos administrativos, con relación al art. 97 de la Carta, cabe destacar la actuación de Boutros Ghali en materia de desburocratización y reestructuración para hacer más coherente la acción de la Organización, para lo cual se ha creado un Comité Administrativo de Coordinación.⁵⁶ Coincide con ese criterio el Secretario actual Kofi Annan, quién profundizando la idea, propone “Un Programa de Reforma” que va desde la redacción de un Código de conducta del personal de la ONU, a la incorporación de los enormes recursos y posibilidades que presenta Internet.⁵⁷

Desde el punto de vista formal, en cuanto a los procedimientos previstos en los arts. 108 y 109 de la Carta referidos a su reforma y revisión, hasta el momento no se ha podido poner en la práctica los procedimientos previstos, particularmente en lo que se refiere a la convocatoria de la Conferencia.⁵⁸

Del contenido de los artículos 108 y 109 de la Carta surge que hubo un pacto político entre las grandes y las pequeñas potencias en la Conferencia de San Francisco con la idea de mantener la conformación básica de la organización. Las enmiendas a la Carta efectivamente adoptadas por la Asamblea General se han referido a los arts. 23, 27, 61 y 109.1 de la Carta. Aumenta así el número de miembros no permanentes del Consejo de Seguridad (de 6 a 10); se modifica la mayoría requerida para la adopción de decisiones en el CS (de 7 a 9

⁵⁶ Siguiendo este mismo criterio se ha creado el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, el Departamento de Asuntos Políticos, el Departamento de Asuntos Humanitarios, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el Departamento de Coordinación de Políticas y Desarrollo Sostenible, el Departamento de Información Económica y Social y Análisis de Políticas y el Departamento de Apoyo al Desarrollo y Servicios de Gestión, con la intención de centralizar todo lo concerniente a los temas principales que trata directamente la organización, y por otra parte otras actividades de cooperación técnica que anteriormente se emprendían desde la Sede han sido descentralizadas y reasignadas a las comisiones regionales.

⁵⁷ Memoria Anual de la ONU, 1997, Kofi Annan.

⁵⁸ En el procedimiento del art. 108 donde se adoptarán las reformas de la Carta, por dos terceras partes de los miembros de la AG. En el art. 109 es la AG, junto con el C.S., quienes decidirán la fecha y lugar de la celebración de la Conferencia General

votos) y se incrementa en dos ocasiones el número de miembros del Consejo Económico y Social (de 18 a 27 y posteriormente a 54). Estas enmiendas, contenidas en tres resoluciones de la Asamblea General, son las únicas modificaciones producidas en la Carta y se han adoptado de conformidad con el procedimiento del artículo 108.

Corresponde destacar que las iniciativas, en gran parte de los casos, han procedido de países latinoamericanos en una primera etapa de la Organización, o de países afroasiáticos en una segunda etapa.⁵⁹

El Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la representación equitativa en el Consejo de Seguridad y del aumento del número de sus miembros, establecido en diciembre de 1993, ha reconocido que hay coincidencia de opiniones en el sentido de que deberían aumentarse el número de miembros del CS para hacerlo más representativo, pero ha reconocido también las dificultades políticas y la necesidad de más deliberaciones sobre el alcance y la índole de los aumentos en la composición del Consejo.⁶⁰ En 1997 y 1998 el tema desató un choque de intereses entre Argentina y Brasil por un posible sitio permanente en el CS ampliado, de prosperar la reforma. Brasil considera que tiene suficiente peso político y económico en la región para aspirar legítimamente a ese lugar. Argentina propuso en cambio implementar un sistema de rotación bianual en el sitio permanente, por los Estados de mayor importancia relativa de la región, a saber: Méjico, Brasil, Argentina, Venezuela, y Chile.

⁵⁹ Los países no alineados han revitalizado el debate sobre la representación equitativa en el CS.

⁶⁰ Xavier Pons op. cit. En todo caso es necesario renovar el pacto de base. Es decir, sólo cabe reformar la Carta si se opera un equilibrio entre el acuerdo de los cinco miembros permanente con derecho de veto, formalizado en el CS, y la participación democrática de todos los Estados formalizada en la AG, que exprese el consenso de la comunidad internacional en su conjunto.

SECCIÓN XXI

REGIONALISMO

91. Generalidades: A. *El regionalismo ante la organización universal*; B. *Clasificación*. 92. Regionalismo occidental: *Organización del Tratado del Atlántico Norte*. 93. Regionalismo Soviético. 94. Liga árabe. 95. Regionalismo africano. 96. Conclusiones.

De este tema se empezó a hablar en la Conferencia de San Francisco, para incluirlo en el Capítulo VIII de la Carta, por iniciativa de EE.UU. y de los países latinoamericanos.

En la primera etapa de la guerra fría, los regionalismos tuvieron una inspiración de carácter estrictamente ideológica, tal es lo que ocurrió con la OTAN, el Pacto de Varsovia, la SEATO, la METO, el TIAR, y otros.

Recién con la superación de la etapa más dura, a partir de la coexistencia pacífica se empezaron a crear organizaciones de corte económico, como ocurrió con las Comunidades Europeas, que se constituyeron por etapas.

Con la desaparición del bipolarismo, y del "terror nuclear" empezó a producirse la organización del mundo en grandes bloques económicos, que compiten por el mercado mundial. Esta es una de las razones y tendencias que llevaron a la constitución del MERCOSUR que en América del Sur reúne a la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y que es considerado el 4to. bloque en orden de importancia.

91. Generalidades

A. *El regionalismo ante la organización universal*

Dentro del pacto de la *Sociedad de las Naciones* no había posibilidad de regionalismo. Alejandro Alvarez lo criticó, adelantándose a los internacionalistas de su época: la estructura unitaria era una falla de la *Sociedad de las Naciones*. Existían, en esa época, el Pacto Renano y la Entente Balcánica, que eran agrupaciones regionales del tipo de alianzas.

En 1945 la Conferencia de San Francisco, al redactar la Carta de las *Naciones Unidas* abordó este problema, pues los Estados americanos exigían que se concediera lugar para el regionalismo dentro del nuevo sistema universal. La URSS se opuso, para no admitir la institucionalización del sistema americano, que consideraba como una órbita de la hegemonía estadounidense.

Finalmente se incorporó a la Carta la institución de los llamados acuerdos regionales (cap. VIII, que abarca los artículos 52, 53 y 54). Su finalidad es doble: arreglo pacífico de las controversias de carácter local, y ejecución de las medidas coercitivas, por autorización del CS. Fueron ideados, por lo tanto, como órganos ejecutivos del CS, que podía utilizarlos para la ejecución de las aludidas medidas y al cual ellas debían mantener plenamente informado de las actividades emprendidas y proyectadas.

B. Clasificación

América es el primer continente que logró una organización regional, pero fue superada por Europa Occidental. Kaplan y Katzenbach señalan cuatro puntos que aclaran este adelanto:

1. Europa se sintió más amenazada por la inmediata vecindad del bloque soviético.

2. Todas las naciones europeas han llegado a la misma forma de organización política: la democracia social.

3. En América latina se pone gran énfasis sobre la soberanía nacional, a consecuencia del desequilibrio político, económico, etc., entre la superpotencia norteamericana y las naciones latinas.

4. La gama de orientaciones políticas entre la derecha y la izquierda es muy amplia en América latina, no así en Europa.

Las agrupaciones regionales de hoy son muy desiguales en cuanto al grado de coherencia e institucionalización. Por ejemplo, frente a la OEA y la Organización de Unidad Africana (OUA) las tres Comunidades Europeas fueron consideradas como organizaciones supranacionales y no meramente internacionales, en cuanto dieron lugar al nacimiento de un derecho supranacional.

Las agrupaciones regionales pueden tener un carácter igualitario (Europa occidental); hegemónico (sistema americano); o subordinativo (el antiguo bloque soviético, sobre todo en la época de Stalin).

Queda controvertida la cuestión de saber si el auténtico criterio del regionalismo debe ser la continuidad geográfica o una unidad cultural y por ende ideológica, por ejemplo, la llamada “cultura del Atlántico Norte”.¹

Primero estudiaremos las organizaciones regionales occidentales, luego las comunistas y, por fin, las del llamado Tercer Mundo, o sea las asiáticas y africanas.

92. Regionalismo occidental

La organización del Occidente, paulatinamente formada después de la Segunda Guerra Mundial, es muy compleja. Geográficamente constituye una serie de círculos concéntricos:

a) La Organización del Tratado del Atlántico Norte, 1949, abarca las dos orillas del océano.

b) La Unión de Europa Occidental, 1948, y el Consejo de Europa, 1949, incluye casi toda la Europa al oeste del sector comunista.

c) La Unión Europea, que comprende a las antiguas comunidades europeas: de Acero y Carbón, 1952; Euratom, 1957, y Mercado Común, 1957.

d) Benelux, es la unión económica entre Bélgica, Holanda y Luxemburgo.

Desde el punto de vista sustancial, estas organizaciones pueden dividirse en: a) político-militares: OTAN y Unión de Europa Occidental; b) políticos, que tienen en vista también una integración jurídica: Consejo de Europa y Unión Europea y; c) económicas: Unión Europea y Benelux. Después del Tratado de Maastricht y de establecerse la Unión Europea, ésta última organización desplazó a todas las demás, salvo la OTAN.

Organización del Tratado del Atlántico Norte

La OTAN (NATO en iniciales inglesas), fue fundada en 1949 por

¹ Aborda esta cuestión Carlos García Bauer (1968, ps. 32-35), que confronta las opiniones de Pierre Vellas, 1948, ps. 45-9; Hans Kelsen, 1951, ps. 162-3; 1964, p. 320; Leland M. Goodrich y Edward Hambro, 1946, ps. 274-5; Ernest B. Haas, 1957, ps. 381-4, y Eric Beckert, 1950, p. 795.

dos naciones americanas, EE.UU. y Canadá, y diez europeas: Francia, Gran Bretaña, Bélgica, Italia, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca, Noruega, Islandia y Portugal; luego adhirieron Grecia, Turquía y Alemania Occidental. Los miembros se comprometen a ejercer el derecho de legítima defensa individual o colectiva de acuerdo al art. 52 de la Carta, en el caso de una agresión en Europa o América del Norte.

La organización está institucionalizada. Además de un órgano político no permanente: Reuniones de Ministros; tiene otros permanentes: el Consejo y la Secretaría. En cuanto a los órganos militares, tiene un Comité Militar no permanente, que reúne a los jefes de los Estados Mayores o sus representantes, y otro permanente, el Comité de Representantes Militares. El Grupo Permanente, órgano ejecutivo del Comité, tiene bajo sus órdenes una serie de comandantes supremos aliados en distintas regiones: 1) Europa, 2) el Atlántico, 3) Canal de la Mancha, 4) Canadá y EE.UU.

La OTAN coordina también, para una eventual guerra, las industrias nacionales; y como una guerra moderna requiere el esfuerzo común de un sinnúmero de industrias, dentro de la organización se lleva a cabo también una integración económica.²⁻³

La OTAN, que sobrepasa el contorno geográfico europeo, ha sufrido serias conmociones que han puesto en duda su estabilidad.⁴ Estas

² La estructura civil de la OTAN abarca la Secretaría, con las siguientes subdivisiones: Asuntos Políticos; Economía y Finanzas; Producción; Logística e Infraestructura; Asuntos Científicos; tres Servicios de Prensa y de Información, y las Oficinas del Secretario Ejecutivo, de Control Financiero y de Planificación Civil de Emergencia. Además posee una serie de servicios exteriores.

³ Para el caso de una agresión soviética, los EE.UU. garantizaban a Europa occidental un desquite nuclear masivo contra la URSS, pero algunos europeos (especialmente el Gral. De Gaulle) dudaban de la efectividad de esta garantía. Como la URSS tenían, desde 1959, proyectiles intercontinentales, los EE.UU. no se atreverían a defender a Europa occidental, exponiendo su propio territorio a los bombardeos nucleares. Este es el motivo principal, por lo menos confesado, de la posición francesa, en la OTAN. Sin denunciarla, Francia se había retirado de la participación activa en la organización, cuya sede se trasladó, en consecuencia, de París a Bruselas.

⁴ Esta fractura relativa dentro de la OTAN se profundizó a raíz de la guerra árabe israelí de octubre de 1973. Los europeos —salvo Portugal— negaron a los EE.UU. su base para el puente aéreo que tuvo por objeto el suministro de recursos bélicos para Israel. Y los irritó la postura de los EE.UU. que no consultó al tomar la solución del conflicto en sus manos, junto con la URSS. Tanto más que fueron ellos

situaciones reflejan el descontento de los países del viejo continente frente a la excesiva autoridad que ejerce EE.UU., pese a que el sistema de seguridad de los mismos no les permite innovar sobre el tratado.

Producida la caída del sistema bipolar por haberse desmoronado el régimen soviético, la OTAN ha orientado su actividad hacia otros centros de interés, como los de intervenir en focos de conflictos beligerantes como la ex Yugoslavia. El cambio de régimen operado en la sucesora de la URSS, Rusia, permitió un auténtico acercamiento, y su incorporación como observador. La actual Rusia también facilitó al producirse la reunificación alemana, que ese país continuara siendo miembro de la OTAN.

Además de la OTAN, el sistema occidental de defensa abarca el TIAR, en el marco regional de la OEA, y dos organizaciones en Asia que ya desaparecieron; la SEATO y la METO.⁵

El regionalismo en los últimos 30 años ha sufrido profundas transformaciones de orden ideológico y económico. En efecto luego de la desaparición del sistema bipolar se disgregó el regionalismo soviético representado por el Pacto de Varsovia en el plano político militar y por el COMECOM en el plano económico. Este fenómeno no tuvo como reflejo la desaparición de la OTAN sino que por el contrario la Organización defensiva occidental se ha acrecentado en cuanto al número de sus miembros, a las facultades de sus órganos y a sus disponibi-

y Japón quienes más sufrieron el embargo petrolero árabe, impuesto a causa —o tan sólo bajo el pretexto— de la guerra del levante. En cuanto a los miembros de la organización, incorporó España y Portugal, que son países de importancia estratégica para la OTAN, en el control del Mediterráneo y del Atlántico.

⁵ *Organización del Tratado del Sudeste Asiático* (SEATO en iniciales inglesas, OTASO en castellanas) que reúne desde 1954 a cinco naciones del Lejano Oriente: Pakistán, Tailandia, Filipinas, Australia y Nueva Zelanda, y tres grandes potencias occidentales: EE.UU., Gran Bretaña y Francia. Además de la defensa común, el tratado estipula consultas para el caso de amenazas para los Estados de esta región. Tuvo mucha trascendencia, teniendo en cuenta la expansión comunista a través de Vietnam. Firmado en 1948 contiene 63 artículos, a los cuales se agregaron otros seis por el Protocolo de 1950. En contraposición a los pactos firmados en el seno de la ONU, el Convenio europeo pone la acción al alcance del individuo perjudicado véase punto N° 82 Texto en Lawson, ps 22-61.

La Organización del Tratado del Medio Oriente (METO en iniciales inglesas), antes llamado también Pacto de Bagdad, fue firmado en 1955 por Gran Bretaña, Irak, Turquía, Irán y Pakistán. Se encuentra debilitada porque en 1959 se retiró de Irak (a consecuencia de la implantación de la república) y Pakistán se acercó a China Popular, buscando el apoyo a su litigio con la India.

lidades financieras. El fenómeno de crecimiento de la OTAN ha despertado sospechas o desconfianza en algunos líderes nacionalistas rusos que critican los pasos de acercamiento del presidente Yeltsin que aspira a ingresar a la Unión Europea sin condicionamiento alguno. El fenómeno político del derrumbamiento del régimen soviético también produjo la caída de las tendencias procomunistas que se daban en las organizaciones regionales de los países africanos y de los asiáticos.

En 1997 Argentina fue incorporada como potencia extra NATO, situación que demostró la confianza merecida ante EE.UU. y Europa, pero creó algunos celos ante Brasil, lo que fue superado mediante intervenciones directas ante los jefes de Estado, Carlos Menem y Fernando Enrique Cardoso.

93. Regionalismo soviético

El llamado campo comunista comprendía el bloque soviético, China con los Estados comunistas que entran en su órbita (hegemonía no organizada) y Yugoslavia.⁶

El bloque soviético tuvo dos manifestaciones permanentes visibles en el plano intergubernamental, una político-militar: la Organización del Pacto de Varsovia y otra, económica: el Consejo para la Ayuda Mutua Económica, generalmente llamada en Occidente "Comecon". Además de estas dos vinculaciones intergubernamentales, existe una tercera en el plano partidario. El "Comecon" tenía una sede central y una serie de comisiones especializadas. Su idea básica era la división del trabajo en la producción y una estrecha colaboración en el intercambio comercial y financiero y en el transporte; véase la sección XXXII. Tanto el Pacto de Varsovia como el COMECON han desaparecido.

94. Liga árabe

La mayoría de los Estados asiáticos y africanos trataron de mantenerse al margen de la guerra fría, bajo un lema que oscila entre el

⁶ El bloque soviético carecía de órganos supranacionales. En realidad sus miembros estaban muy integrados y subordinados a la Unión Soviética, que no necesita formar bloques supranacionales (según el molde de las comunidades de Europa occidental). Fue indiscutible la influencia del partido comunista de la Unión Soviética sobre los partidos de los Estados satélites.

neutralismo y la coexistencia pacífica. Esta tendencia se concretó por primera vez en el llamado Bandung, así denominado por la capital de Indonesia, donde se llevó a cabo su primera conferencia. Continúa hoy bajo la denominación de "naciones no comprometidas". Siguió esta línea la Liga Árabe y la Organización de la Unidad Africana. Una serie de Estados pertenece a una y a otra: Egipto, Sudán, Libia, Túnez, Argelia y Marruecos.

La Liga Árabe está relativamente institucionalizada. Manifestó mucha coherencia y unidad al principio, intentando impedir la formación del Estado de Israel, pero al no lograr ese propósito, surgieron controversias entre sus componentes, por la soberanía sobre la parte árabe de Palestina, y luego por otras cuestiones. Como consecuencia, de la Liga no queda más que la sombra.

La Liga Árabe fue fundada en 1945, por todos los Estados árabes independientes que existían en aquel entonces.⁷ A medida que se emancipaban, se adhirió a ella nuevos miembros, de modo que hoy en día ocupa una franja homogénea desde Marruecos a Yemen y de Irak a Sudán. Además participan de ella representantes de un país árabe que no es Estado: Palestina, y también Argelia antes de su emancipación, en 1962.

La Liga Árabe tiene dos órganos: El Consejo y la Secretaría. El Consejo no es permanente; las decisiones se toman únicamente por unanimidad. El Consejo es competente para la solución obligatoria de los litigios relativos a la independencia, soberanía e integridad territorial, pero prácticamente no está en condiciones de solucionarlas, ni siquiera de evitar guerras (entre Arabia Saudita y Egipto, en Yemen, y entre Marruecos y Argelia), amén de numerosos choques políticos, entre monarquías conservadoras (Arabia Saudita, Jordania y también Irak y Libia en el pasado) y las repúblicas socializantes (Egipto, Siria, Argelia y después Irak y Libia), así como entre estas últimas (sobre todo una encarnizada oposición de Siria e Irak contra el armisticio con Israel, que aceptó Egipto, junto con Jordania en 1970).

Por el contrario la secretaría es eficiente y bien organizada, con sede en El Cairo.⁸

⁷ Por siete Estados: Egipto, Irak, Líbano, Siria, Arabia Saudita, Jordania y Yemen. En 1953 se adhirió Libia; en 1956, Sudán; en 1958, Túnez y Marruecos; en 1961, Kuwait, y en 1962, Argelia. Texto en Lawson, ps. 227-240.

⁸ No cabe duda de que el auténtico líder de la Liga, fue el presidente de la RAU, Abdel Gamal Nasser, fallecido en octubre de 1970, quien realizó denodados esfuerzos

El 29-12-1971 se constituyó, en la ribera meridional del Golfo Persa (Costa de Piratas), la Federación de los siete Emiratos Arabes; el más próspero (petróleo) e influyente es el emirato Abu Dhabi.

En la Liga Árabe se produjeron serios roces entre Kaddafi, presidente de Libia y Sadat, presidente egipcio. Como consecuencia de la actitud asumida por Sadat de negociar en forma directa con Israel, la paz en Medio Oriente, produjo un nuevo cisma en los países árabes, llevando incluso a la ruptura de relaciones de Egipto con Siria, Libia, Irak y Argelia.

El definitivo abandono por parte de Egipto de la órbita socialista, llevó a Sadat a una íntima vinculación con los EE.UU. La nueva administración Carter, que ha dado al medio Oriente un papel prioritario, preparó las condiciones para que Egipto e Israel asombraran al mundo hablando de manera directa sobre la paz. Primero fue Sadat quien viajó a Israel en medio de durísimas críticas de los países árabes. Poco después Beguín, Primer Ministro Israelí, luego de un sorpresivo viaje a los EE.UU. anunció desde la capital norteamericana su viaje a El Cairo. Finalmente, Carter visitó a Sadat en Asuán. Como consecuencia de la actitud de este último, los países árabes (línea dura) reunidos en Trípoli-Libia, decidieron boicotear las gestiones del presidente egipcio. A Sadat sus esfuerzos por la paz le costaron la vida. Lo que acarreó las rupturas de relaciones de Egipto con Libia, Siria Irak y Argelia. En cuanto al temario de la Conferencia de Paz que Israel

por mantener la unidad árabe frente a la lucha con Israel, procurando la autoafirmación de su pueblo y la socialización. (Nasser, desde su puesto al frente del mundo árabe, ubicó a este grupo de países dentro del llamado Tercer Mundo, y fue duramente combatido por los EE.UU., Inglaterra y Francia, y, por supuesto, Israel, que fueron los países más perjudicados por la nacionalización del Canal de Suez)

Cabe mencionar que en el mundo árabe, el federalismo sirve como medio para la unificación superestatal, en torno al más poderoso Estado árabe, Egipto. En 1958 él se fusionó, con Siria, en una República Árabe Unida (RAU), en la cual al principio gravitaba también Yemen. Descontenta con el centralismo egipcio (difícilmente compatible con la estructura federal) Siria se emancipó, y sin embargo Egipto conservaba hasta 1971, la denominación de República Árabe Unida.

A mediados de abril de 1971, Egipto, Siria y Libia fundaron una especie de confederación de Estados (Sudán no se incorporó), que será dirigida por un Consejo Supremo, compuesto por los tres presidentes y otros dos representantes de cada Estado confederado, con sede en El Cairo. Los tres Estados miembros conservaron su capacidad jurídica y de obrar (incluso sus sedes separadas en la ONU). Egipto renunció a su denominación conservada durante 13 años, de RAU, y se llama ahora República Socialista de Egipto. El 1-9-1971 la ratificación de la confederación tuvo que ser sometida a plebiscitos en todos sus Estados miembros.

y Egipto avalan queda aún por verse si la primera acepta restituir todas las tierras ocupadas (lo que sí parece en cuanto a las tierras que pertenecen a Egipto: Sinaí), pero rechaza la constitución de un Estado Palestino. Cabe aclarar que la comunidad petrolera se logró gracias a la acción coordinada de la OPEP, de la cual forman parte casi todos los países árabes en su calidad de productores.

Por otras razones que tienen su origen en factores de orden político religioso la Liga Árabe también ha sufrido cambios en su conformación y en la relación de poder de sus miembros a partir del alineamiento que los mismos han dispuesto frente a la guerra del golfo y al conflicto árabe-israelí.

95. Regionalismo africano

La creación de la Organización de la Unidad Africana, en 1963 en Addis Abeba, constituye la superación de un doble fraccionamiento del continente negro: el lingüístico y el ideológico.

Africa, al sur del Sahara (Africa negra),⁹ cayó bajo la dominación europea en un nivel poco avanzado; por lo tanto, opuso escasa resistencia a la influencia cultural de las dos grandes potencias coloniales y quedó prácticamente desgarrada entre una Africa francófona (a la cual pertenece también el ex Congo Belga) y la anglófoba.¹⁰

Otro eje del fraccionamiento fue de orden político: por un lado un anticolonialismo intransigente que, en casos extremos, llega a un simple antioccidentalismo de orientación comunista, e incluso a la

⁹ No abordamos la Comisión para la Cooperación Técnica de Africa al Sur de Sahara (tratado firmado en 1954, que entró en vigencia en 1958), porque no se trataba de una organización autóctona: pertenecían a ella, además de los Estados africanos (todavía pocos, en 1954), las cuatro potencias coloniales, la República Sudafricana y la Federación de Rhodesia y Nyasa. El texto del tratado en Ruth C. Lawson, 1962. ps. 289-294.

¹⁰ Hay negros que ascendieron a la elite intelectual francesa, como por ejemplo el presidente de Senegal, Sengher, apreciado hombre de letras francés. Esta polarización cultural se nota también en la estructura interna, administrativa y política. Por un lado jueces con pelucas blancas y, por otro, el estilo administrativo y judicial francés. Unicamente los belgas vedaron a los indígenas al ascenso a los cargos superiores y, por consiguiente, no los prepararon para la vida independiente. Esto explica el colapso del Congo Belga inmediatamente después de la emancipación, en 1960.

implantación de regímenes internos inspirados por el modelo soviético.¹¹ Por otro lado la disposición a una colaboración económica con sus ex metrópolis, necesaria para el adelanto económico y tecnológico de aquellos países, en su mayoría pobres y bastante atrasados. Es particularmente ventajosa la colaboración de esta índole con Francia, notoria por su generosidad. A veces una orientación desplaza a otra, por medio de un golpe de Estado. De tal modo Ghana pasó de un antioccidentalismo extremo a un moderado prooccidentalismo, con la caída del dictador Nkrumah y el ex Congo Belga (Congo Brazzaville) cambió de rumbo en otro sentido. Se enfrentó allí la orientación soviética con la de China que predominó sobre la costa del Océano Indico.

En 1959 las ex colonias francesas prooccidentales formaron el Bloque de Brazzaville que se transformó dos años más tarde, en el Bloque de Monrovia, al incorporarse a él los Estados anglófonos de la misma orientación.¹² Al mismo tiempo, en 1961 se formó el bloque antioccidental, de Casablanca.¹³ Los dos se disolvieron en 1963 para facilitar la creación de una sola organización: la Unidad Africana.

La orientación antioccidental quedó confinada a lo ideológico, con escasas realizaciones prácticas, salvo la Unión de Estados Africanos de 1963 que tenía aspiraciones continentales, pero que, en realidad, nunca superó el modesto marco de tres Estados antioccidentales: Guinea, Malí y Ghana.¹⁴ Esta última cambió de rumbo, según hemos mencionado, con el derrocamiento de Nkrumah.

En otro campo se agrupó la mayoría de las ex colonias francesas que crearon en 1965, en la conferencia de Neuakchott: la Organización de Cooperación Africana y Malgache (además de las ex colonias francesas pertenece a ella el ex Congo Belga). También algunas ex colonias británicas expresaron disposición a entrar a la mencionada organización y en las uniones económicas que emanaron de ella. La organización tiene un Consejo intergubernamental, que coordina la política de sus

¹¹ Como Guinea y sobre todo Congo Brazzaville. En el mundo árabe —salvo Argelia— se rechazó el régimen marxista (a pesar de la orientación prosoviética de la política exterior) después de la cruel represión del intento comunista en Sudán, en julio de 1971.

¹² La Carta de la Unión de los Estados Africanos y Malgache, en Lawson, ps. 301-302.

¹³ La Carta Africana de Casablanca, en Lawson, ps. 304-6.

¹⁴ La Carta de la Unión de Estados Africanos, en Lawson, ps. 308-312; véase también a Vellas, 1967.

Estados miembros, en diversas esferas, y la colaboración con la ex metrópoli. Como la colaboración se realiza en primer lugar, en lo económico y lo tecnológico, ella dio nacimiento a algunas organizaciones especializadas.¹⁵

Por su parte el regionalismo africano sufrió una profunda modificación a partir de la transformación política y constitucional de Sudáfrica con el advenimiento de la democracia con el triunfo de un primer presidente de raza negra, el líder Mandela. La solución del problema Namibia y la pacificación del problema Marroquí (Frente Polisario) le ha brindado mayor coherencia y unificación a un continente con indiscutible predominio negro. No obstante continúan los graves problemas económicos y de deficiente administración en los países africanos lo que ha llevado a algunos politólogos a calificar como inviable dicho continente.

Estructura institucional. Los órganos directivos abarcan la conferencia de los jefes de Estado y de gobierno, que se reúne cada año, y la conferencia de los cancilleres que se reúne dos veces por año. Hay una serie de comisiones especializadas: de salud, higiene y nutrición; de cultura y educación; de ciencia, técnica e investigación; de defensa; de mediación, conciliación y arbitraje.

A pesar de la disolución formal de los bloques, la polarización persiste e impide una auténtica integración de la organización ya que a menudo ocurren injerencias subversivas. Como las fronteras no observan la delimitación tribal, no faltan reivindicaciones territoriales. La persecución de los cristianos en Sudán, provocó cierta reacción antiislámica en la República Centro-Africana, con mayoría cristiana,

¹⁵ La Unión Aduanera Occidental (que crearon, en 1959, Costa de Marfil, Dahomey, Alto Volta, Mauritania, Níger, Senegal y Malí) aspira a la disminución de los derechos aduaneros y afines y a la armonización de la política fiscal y comercial. Sus órganos son la Secretaría Permanente (con sede en Abidján) y el Comité Interministerial.

En 1962, Costa de Marfil, Dahomey, Alto Volta, Senegal, Níger, Mauritania y Malí se fusionaron en una Unión Monetaria de Africa Occidental, adherida a la zona del franco.

La Unión Aduanera Económica de Africa Central se constituyó, por el tratado de Brazzaville en 1964, entre Gabón, Camerún, Chad, República Centroafricana y Congo ex francés (Brazzaville). Coordina los planes de desarrollo, sobre todo de industrialización y de inversiones; los Estados miembros realizan intercambios privilegiados.

y el intento separatista de parte de Biafra puso ante una dura prueba la unidad africana y la organización que la incorpora.¹⁶

En el plano antropológico, el Norte de Africa tiene la población semítica (árabe) y camítica, y el resto negra. Desde el punto de vista confesional, son musulmanes los semitas, camitas y los negros de las sabanas al sur del Sahara; el resto de la población es pagana y cristianizada en gran proporción.

De tal modo el Norte de Africa, de Marruecos hasta Egipto y Sudán, pertenece por un lado al mundo árabe, por otro al continente africano. En la medida en que se desintegra la Liga Árabe, los países del Norte Africano parecen integrarse más en los últimos tiempos, en la Organización de la Unidad Africana. Salvo Egipto y Sudán, colaboraron dentro del marco del llamado Magreb, desde la primera Conferencia de Ministros de Economía, que se realizó en Túnez en 1964. También se crearon comisiones especializadas para el comercio exterior, correos y comunicaciones y para la lucha contra el analfabetismo. Dificultó la colaboración el litigio fronterizo (que llevó al estallido de la guerra) entre Marruecos y Argelia y, por otro lado, la orientación ideológica, que fue muy avanzada en Argelia.

El *regionalismo africano* también sufrió conmociones, como las que permanentemente le ocasionaron la subsistencia del apartheid en Sudáfrica y Rhodesia del Sur.¹⁷ La cuestión de Rhodesia ya obtuvo solución. Desde que el CS de la ONU logró por medio de la presión de las grandes potencias, que el régimen de Ian Smith traspase el poder de un sistema de gobierno conjunto que asegure a corto plazo el advenimiento del gobierno de la mayoría en ese país.¹⁸

¹⁶ Los objetivos supremos de la organización fue la lucha contra el *apartheid* sudafricano y el colonialismo portugués. Algunos pocos Estados africanos comercian con la República Sudafricana y el presidente de la Costa de Marfil propuso la terminación de la lucha contra este Estado; su propuesta fue rechazada por la conferencia de la organización en Addis Abeba, en julio de 1971.

¹⁷ La actuación más eminente que le ocupó a este grupo de países en los últimos años, además de lo referente al permanente conflicto con Israel, que parece haber sido relegado momentáneamente a un cono de sombras es la presión que ejercieron sobre todo Occidente con la famosa guerra del petróleo de 1973.

¹⁸ Al analizar la Carta de la Organización de la Unidad Africana, firmada en Addis-Abeba, el 25-5-63, llama la atención la formulación de sus objetivos (art. 2º) y principios (art. 3º), ya que a diferencia de las cartas constitutivas clásicas, trata en esos 2 arts. Sus preocupaciones inmediatas: eliminar bajo todas sus formas el colonialismo de Africa: la dedicación sin reserva a la causa de la emancipación total

Finalmente, como un fenómeno que trasciende los regionalismos geográficos para hacer hincapié en la necesidad de amalgamar objetivos y políticas comunes a partir de la realidad concreta de su condición periférica en uno u otro sistema se formó el grupo de países no alineados que aglutina a los países del llamado Tercer Mundo. La formación de este grupo tiene su antecedente en la Conferencia de Nueva Delhi (1947) convocada por Nehru la cual reunió a los países de Asia tomando forma institucional en la Conferencia de Bandung, para consolidarse en la de Belgrado.¹⁹

Algunos autores propusieron a la no-alineación como un nuevo sistema de relaciones que corresponden a los cambios ocurridos en el sistema internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial, lo que constituiría la formación de un nuevo esquema de las relaciones internacionales, la alternativa al tradicional sistema de poder.²⁰

de los territorios africanos que todavía no son independientes; la afirmación de una política de no alineamiento respecto de todos los bloques y la condena sin resolver del asesinato político, así como de las actividades subversivas ejercidas por los Estados vecinos o por cualquier otro Estado.

¹⁹ Durante esta etapa, la actitud de las superpotencias frente a la agrupación fue completamente distinta, mientras EE.UU. concentraba todos sus esfuerzos en Europa y parcialmente en América latina, la URSS, si bien se abocaba a la constitución del Pacto de Varsovia, también procuró influenciar el movimiento no alineado, particularmente a partir de Kruschev. En cuanto a China perteneció a la agrupación desde sus primeros tiempos y, siempre aspiró a su liderazgo, lo que no alcanzó por la resistencia que le presentaron muchos de los Estados Miembros. Sobre este tema, véase Moya, María Teresa "China y el tercer Mundo", Rev. Dinamis 1974.

²⁰ El movimiento de los no alineados, siempre se caracterizó por su heterogeneidad, acentuada por una serie de particularismos, que incide en sus decisiones. África en pro del anticolonialismo y en contra del racismo: los países árabes con el problema palestino; los asiáticos con la guerra de Vietnam; etc.

A través de las múltiples conferencias que viene realizando este grupo de países, observamos, que pese a su disparidad, coinciden en torno a tres principios fundamentales: a) *La coexistencia pacífica*, que involucra el respeto por la no alineación de otros Estados, la no intervención y el desarme; b) *La cooperación internacional como instrumento adecuado para el establecimiento de una paz constructiva* y básico para el desarrollo económico social de esos pueblos; c) *La reforma del sistema económico mundial*, para lo cual han aprobado un programa de acción que comprende desde la formulación de un código internacional referente al comportamiento en el ámbito de la transferencia de tecnología, hasta la formulación de pautas para la colaboración internacional en el campo de las investigaciones.

El regionalismo africano en los últimos 30 años

Desde 1970 se han librado más de 30 guerras en Africa, la inmensa mayoría de las cuales han tenido su origen en el interior de los Estados. Sólo en 1996, 14 de los 53 países de Africa fueron víctimas de conflictos armados, que causaron más de la mitad de las muertes relacionadas con actos de guerra de todo el mundo y generaron más de 8 millones de refugiados, repatriados y personas desplazadas. Las consecuencias de esos conflictos han socavado gravemente los esfuerzos de Africa por lograr la estabilidad, la prosperidad y la paz duraderas para sus pueblos.

Durante la guerra fría, en el marco del enfrentamiento ideológico entre el Este y el Oeste, era primordial el mantenimiento del orden y la estabilidad entre los aliados y los Estados amistosos, pese a que las rivalidades entre las superpotencias, en Angola y en otros lugares, también alimentaron algunos de los conflictos más prolongados y mortíferos de Africa. En todo el continente había regímenes escasamente democráticos y opresores que eran apoyados y mantenidos por las superpotencias enfrentadas, en nombre de sus objetivos más generales, pero, con el fin de la guerra fría, Africa se encontró repentinamente con que tenía que valerse de sus propias fuerzas. Sin apoyo económico y político externo, pocos regímenes africanos pudieron mantener los estilos de vida económicos a que se habían acostumbrado o conservar el control permanente del poder político que habían llegado a dar por supuesto. Mientras que un número creciente de Estados se veían afectados por el malestar y la violencia en el plano interno, el mundo intentaba establecer un nuevo marco de seguridad internacional.

Después de la caída del sistema bipolar los intereses ajenos a Africa, que compiten por el petróleo y otros recursos preciosos del continente, continúan desempeñando un papel importante y a veces decisivo, tanto en la supresión de los conflictos como en su mantenimiento.

La Organización de la Unidad Africana tiene un papel primordial que desempeñar para lograr el establecimiento de la paz, conjuntamente con las organizaciones subregionales pertinentes. En Africa meridional, la acción política concertada de la subregión, con apoyo de la OUA, en una etapa temprana ha resultado eficaz para contener la creciente inestabilidad política en Lesotho.

Las sanciones, ya sean de carácter preventivo o punitivo, pueden ser un instrumento eficaz. La amenaza multilateral de aislamiento

económico puede ayudar a estimular el diálogo político, mientras que la aplicación de rigurosas sanciones económicas y políticas puede disminuir la capacidad de los protagonistas para sostener una lucha prolongada. En particular, la imposición de un embargo de armamentos puede contribuir a reducir la disponibilidad de armas que permitirían proseguir el conflicto, al hacer más difícil y costosa su adquisición. No obstante, las sanciones económicas en especial son un instrumento que tiene con demasiada frecuencia efectos poco diferenciados y se aplica sin que previamente se hayan calibrado bien sus repercusiones y sin que se hayan determinado sus objetivos. En algunos casos, los padecimientos que se imponen a la población civil no guardan proporción con el probable efecto de las sanciones en la conducta de los protagonistas.

La experiencia en Ruanda puso de relieve la importancia de intervenir rápidamente en un conflicto y, ante todo, de la voluntad política de actuar frente a una catástrofe. El horrible sufrimiento del pueblo ruandés indica de manera clara e inequívoca que la comunidad internacional no debe volver a tolerar tamaña inacción.

La Operación de las Naciones Unidas en Mozambique permitió extraer una lección positiva.

96. Conclusiones

Siendo las grandes potencias órganos normales del d.i., se distinguen de los demás Estados solamente desde el punto de vista del poder. Constituyen una clase aparte, prácticamente reconocida desde la primera mitad del siglo XIX por la comunidad internacional no organizada y, por lo tanto, aceptada por el derecho consuetudinario y desde 1945 también por el derecho convencional por la Carta de la ONU, a través de la composición del C.S.

Por lo tanto, la modificación sufrida en la constelación de las grandes potencias no puede considerarse como un simple acontecimiento de la historia diplomática, indiferente desde el punto de vista jurídico, ni tampoco la esencial transformación que se operó después de la Segunda Guerra Mundial, calificada por Antonio de Luna²¹ como la "sustitución del pluralismo internacional por la bipolaridad del

²¹ De Luna, 1952, ps. 230-4.

poder²²; así como la evolución de estos últimos años, que parece haber llegado a su punto culminante en 1991 con el desmembramiento de la URSS y la desaparición del bipolarismo.

Ya en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, notó Ruysen²² la cristalización de tres grupos entre las grandes potencias (las democráticas, el Eje y la URSS), cosa que, según el parecer del autor, imposibilitaba una organización societaria mundial de cualquier naturaleza. Con la derrota del Eje, el número se redujo a dos. De ahí resultó una situación enteramente distinta.²³

Según De Luna, el número de combinaciones y permutaciones posibles de una política de equilibrio —opina— está en razón directa con el número de los jugadores; para cada combinación se necesitan por lo menos dos grandes potencias; por lo tanto fue difícilmente realizable una política agresiva, frente a la complejidad de los cálculos posibles y la practicada en aquel entonces, reversibilidad de alianzas. También los Estados secundarios contribuían al mantenimiento del equilibrio. En tales condiciones ninguna gran potencia podría llegar a una hegemonía completa. Solo podía considerarse como gran potencia un Estado cuya organización y potencial le permitiera llevar a cabo una guerra total por propia decisión y por su propia cuenta; es decir únicamente EE.UU. y la URSS. Con la bipolaridad era casi imposible la política del equilibrio que necesita la pluralidad.

Las tendencias neutralistas en Europa Occidental especialmente en Francia, que existían en los principios de la guerra fría, se esfumaron en la tibia atmósfera de la coexistencia. No tenía nada que ver con la tercera fuerza la actitud de Suiza y Suecia, que formalmente se abstienen de las alianzas. Desapareció el Eje neutralista A-B-C en el sur del continente americano que parecía fundarse en ciertos factores geográficos (distancia de la Cortina de Hierro), e históricos (el tradicional escepticismo argentino frente a los bloques ideológicos formados por las iniciativas norteamericanas). El concepto de la tercera fuerza

²² Ruysen, 1931, p. 223.

²³ Integrada por cuatro grandes potencias (Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón) la Sociedad de las Naciones estaba por lo menos teóricamente en condiciones de aplicar el principio de la seguridad colectiva. En 1921, ningún miembro de la SDN podía vencer las fuerzas unidas de todos los demás. Durante el sistema bipolar de las cinco grandes potencias, dos eran mucho más fuertes que las otras tres y controlaban una parte del mundo cada una. El equilibrio de las fuerzas se había roto completamente y sin equilibrio de las fuerzas no puede imaginarse la seguridad colectiva.

se había conservado únicamente en la periferia asiática y africana, más bien como una profesión de fe puramente declaratoria. Los Estados neutralistas se hallaban completamente imposibilitados de defender su neutralidad en caso de una conflagración mundial.

La adhesión a uno u otro bloque no se operaba en la forma tradicional de una libre elección en virtud de las frías consideraciones de la oportunidad diplomática. Estaba determinada por la condición objetiva del respectivo Estado. Ningún Estado satélite podía denunciar el Pacto de Varsovia (lo que fue comprobado por la experiencia, durante la crisis húngara a fin del año 1956), y ningún Estado independiente declarararía su adhesión a aquel Pacto sin renunciar tácitamente, a su independencia.

Una reversión de las alianzas era difícilmente imaginable, porque los dos grupos en cuestión no eran simples alianzas.

Además de la forma de sus integraciones, se distinguían de las alianzas tradicionales por su rigidez e impermeabilidad; por la homogeneidad ideológica y por la nítida oposición de sus conceptos jurídicos, políticos y sociales. Por sus órganos superestatales con amplia competencia ya durante la paz, se acercan más bien a las uniones interestatales de tipo permanente.²⁴

Las naciones se agrupan atraídas por la afinidad cultural o la afinidad de los intereses, en las regiones socioculturales y las alianzas, respectivamente. A la formación de estas últimas contribuye a veces un tercer factor: la fuerza física de una gran potencia que protege a los aliados secundarios, o bien los somete bajo el pretexto de la defensa contra un supuesto enemigo común (alianza desigual). Las regiones culturales persisten a través de los siglos, parcialmente sometidas a transformaciones. Su unidad se manifiesta en varias épocas bajo distintas formas y con diversos grados de intensidad. Las alianzas y los bloques tienen carácter más bien contractual; se desintegran cuando desaparece el interés común, que constituye su razón de ser.

A veces los bloques se forman para la defensa de los intereses espirituales, de los valores propios de una civilización. En tal caso, el bloque puede coincidir aproximadamente con una región cultural y

²⁴ Kunz considera (en *Staatenverbindungen* su conocido estudio, publicado en 1929) la alianza como una forma de las asociaciones interestatales (véase N^o 18) que se caracteriza por la falta de estabilidad.

considerarse como una manifestación de una realidad institucional.²⁵ Esto es lo que ocurría en aquella época; en efecto, la pertenencia a determinado bloque no estaba calculada sino determinada por factores objetivos, por la integración voluntaria e involuntaria en uno u otro círculo cultural. El bloque y la región cultural aparecen como dos escalones dentro de la organización mundial, cuyo tercer peldaño se halla constituido por la ONU. A cada escalón corresponde una específica esfera de actividad. La ONU, paralizada en lo político, cumplió una valiosa misión llevando a cabo una colaboración universal especializada, cuya finalidad fue el progreso económico, social y cultural.²⁶

Los bloques constituían el más definido y dinámico escalón de la organización mundial. Sus autoridades centrales (una de tipo imperial, otra de confederal hegemónico) eran auténticos centros dispositivos en lo político, militar y económico. La región es el escalón en formación.

El Surgimiento de Nuevas Organizaciones Regionales: Con motivo de la globalización de la economía y como una respuesta a la doble acción de la liberalización de los mercados más la necesidad de crear mejores condiciones de competitividad, así como la de conquistar nuevos mercados para el comercio internacional los países se han organizado conformando alianzas económicas estratégicas que han adoptado distintos modelos asociativos. El más logrado lo constituye la Unión Europea. En efecto, los países de Europa occidental firmantes de los Tratados de París y de Roma de 1949 y 1957 respectivamente han alcanzado sucesivas etapas que le ha posibilitado avanzar en la meta de la unidad. Primero fue el acta de la Unión Europea de 1976, luego el Tratado de Maastricht de 1992 que estableció la Unión Europea y actualmente se está sometiendo a revisión este último tratado en los aspectos que despertaron polémica, particularmente los referidos al establecimiento de una política externa común y de una unidad mo-

²⁵ Así ocurría con frecuencia en el pasado, en este sentido puede interpretarse el concepto Toynbeano de "sociedades", o "culturas". Europa cristiana realizó una serie de intentos de defensa contra las agresiones islámicas. Con la progresiva descristianización, las alianzas pierden progresivamente su aspecto axiológico; durante la Guerra de 30 Años, la Francia católica apoyaba a los protestantes alemanes, y durante la primera guerra mundial, defendía la democracia contra el militarismo prusiano por medio de los regimientos senegaleses, aliada con la última monarquía absoluta de Europa. Y durante la segunda guerra, Hitler defendía la civilización contra la barbarie staliniana, y Stalin, contra el furor teutónico de Hitler. Solamente hasta la mitad del año 1941, las potencias luchaban por valores definidos, y volvieron a luchar desde 1947.

²⁶ Véase N° 90 y 106.

netaria común. La Conferencia intergubernamental de 1997 no ha terminado aun.

Según Miranda los conflictos y alianzas entre diferentes actores internacionales son actualmente sustituidos por la dicotomía "globalización-regionalismo". Mientras la globalización es un rasgo vertical de las relaciones de poder mundial en tanto la conducción y los recursos diferenciadores se localizan en los países hiperdesarrollados, el regionalismo —en cambio— tiende a la horizontalidad a través del agrupamiento de Estados ricos y de Estados de menor desarrollo. Esta ecuación obviamente tiene ribetes de desigualdad, pero también plantea una suerte de encrucijada para los países periféricos en términos de inserción mundial: se supone que aquellos que no formen parte de un proyecto regional se desvincularán de las reglas del juego de la globalización y quedarán expuestos a un aislamiento internacional sin retorno. Tal vez uno de los mayores desafíos de algunos de los países periféricos es cómo conciliar la necesidad de la participación regional con la necesidad de evitar la legitimación de una nueva dependencia estructural.²⁷

El NAFTA, Tratado de Libre Comercio celebrado entre Estados Unidos, México y Canadá en 1995, tiene como objetivo, como su nombre lo indica, el establecimiento de una zona de libre comercio. Se trata de una asociación con menor grado de compromiso que la europea, que debe remontar las enormes dificultades que ocasionan las grandes asimetrías existentes entre la economía de sus miembros.

El ASEAN, que es la Asociación Económica de los Países de la Cuenca del Pacífico, tiene como país líder sin que sea enunciado, Japón. Comprende el mayor aglutinamiento de países y es sin duda la más populosa de las organizaciones regionales. Con la participación de Japón y los NICS (Tigres Asiáticos: Corea, Taiwan, Hong Kong, Tailandia, Malasia y ahora también el territorio liberalizado de Saigón) que son países líderes en el fenómeno de la revolución tecnológica. No obstante en su modelo integrativo buscan conformar una zona de libre comercio reforzada con programas de complementación económica.

El Mercosur: Agrupación subregional en el marco de la ALADI conformada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay; que ya cuenta con dos asociados Chile y Bolivia y a la que aspiran incorporarse en

²⁷ Roberto Miranda: "Mercosur y Política Exterior Argentina", la agenda no económica en Relaciones Internacionales N° 13, pp. 181-197, UNLP, 1997.

esa calidad otros países de la región Sudamericana. El Mercosur no representa un hecho aislado de las diplomacias sudamericanas sino que constituye un eslabón más del proceso que se inició en 1986 con la firma del PICE entre Argentina y Brasil, y que tiene su antecedente en la propuesta de Perón a los presidentes Getúlio Vargas de Brasil e Ibarra de Chile para conformar a comienzo de los años cincuenta el ABC.

Es la cuarta región del mundo en orden económico, tiene una población de más de 200 millones de habitantes, un PBI de más de 450 mil millones de dólares y un potencial de crecimiento del 5% anual. Se considera una de las regiones de mayor posibilidad de despegue económico con carácter estable. Su modelo aspira a la conformación de un mercado común habiendo logrado ya el establecimiento de una zona de libre comercio y de una unión aduanera imperfecta de la que se ha consolidado un 85% restando un 15% a conformar por etapas hasta el año 2006 en que se supone que se habrá logrado el establecimiento del mercado común. Sus instrumentos jurídicos fundamentales son el Tratado de Asunción por el que se crea el Mercosur el 26 de marzo de 1991 en un texto simple de 24 artículos y cinco anexos en el que se establece un período de transición para lograr la zona de libre Comercio (ZLC) y de una Unión Aduanera (UA), que culminó el 31 de diciembre de 1994, se establecieron los propósitos y los objetivos de la organización. Durante la transición, la organización contó con dos únicos órganos el Consejo y el Grupo Mercado Común, y una secretaría administrativa incipiente. El 17 de diciembre de 1994 se firmó el protocolo de Ouro Preto por el que se institucionalizó el Mercosur que cuenta ahora con seis órganos, a cuya estructura nos referiremos más adelante.²⁸

El objetivo del Tratado de Asunción es el de crear las condiciones que posibiliten el establecimiento de un "espacio económico común" bajo los principios de gradualidad, flexibilidad, equilibrio y simetría, que faciliten la adaptación de los sectores de la producción nacional al contexto del mercado regional. Se estipuló un período de transición de 4 años para conformar el Mercado Común del Sur, con fecha de vencimiento para el 31 de Diciembre de 1994, y se estableció un calendario de rebajas arancelarias. Durante el período de transición los

²⁸ La Dra. María Teresa Moya Domínguez participó de las reuniones de Asunción en 1991 y Ouropreto de 1994, como Asesora de la Comisión de Relaciones Exteriores de la HCD del Congreso de la Nación Argentina y como sub directora de la CPCM en la segunda. Ver Informe de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, T. I 1992; T. II, 1994.

instrumentos que se utilizaban eran: 1) Rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas 2) Coordinación de políticas macroeconómicas 3) Acuerdos sectoriales 4) Establecimiento de un arancel externo común

Las *principales instituciones* del Mercosur son:

—Consejo del Mercado Común: órgano superior de Mercado Común. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados Partes.

—Grupo Mercado Común: órgano ejecutivo. Cuenta con 11 Subgrupos de Trabajo para el efectivo cumplimiento de sus funciones.

—Secretaría Permanente del Grupo Mercado Común: con sede en Montevideo, su función es la de colaborar en la instrumentación de las reuniones de los subgrupos de trabajo.

—Comisión Parlamentaria Conjunta: órgano representativo de los Poderes Legislativos de los países miembros del Mercado común. Está integrada por 16 legisladores de cada Estado Parte. La Comisión tiene carácter consultivo, deliberativo y de formulación de propuestas.

—Foro Consultivo Económico y Social: es un órgano de consulta integrado por representantes de los factores productivos y organizaciones intermedias (UIA, CGT, CGE y otros).

Algunos de los elementos novedosos incorporados al Tratado de Asunción son:

—El otorgamiento de un año más, a partir de Diciembre de 1994, a Paraguay y Uruguay para que retiren sus productos de las listas de excepción.²⁹

—Régimen de Origen basado en la Resolución 78 del Tratado de Montevideo de 1980.

—Procedimiento de solución de controversias.

El modelo integrativo no se ha conformado a imagen del modelo europeo, ya que tuvo que adaptarse a necesidades de orden pragmático. No obstante se considera conveniente la rápida instalación de un Tribunal de Justicia para la solución de las controversias en el Mercosur y el establecimiento de un Parlamento del Mercosur que permita un mayor protagonismo a las corrientes de opinión política en el proceso integrativo. El Mercosur se ha vinculado con otras organizaciones

²⁹ Listas confeccionadas con productos que no ingresan dentro de la rebaja arancelaria acordada

regionales como la Unión Europea, con la que ha firmado un acuerdo marco de cooperación conocido como el Acuerdo de Madrid del 15 de diciembre de 1995. Junto con ese acuerdo se firmó una declaración conjunta sobre diálogo político que ha brindado la posibilidad de establecer las tratativas de un sistema novedoso de cooperación entre el Parlamento Europeo y la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur.

Por su ubicación geográfica y la pertenencia de sus miembros a la OEA el Mercosur también se está vinculando al NAFTA y participa de la propuesta de Estados Unidos de la Iniciativa para las Américas proclamada por Bush en 1994, que el presidente Clinton ha convertido en la propuesta del ALCA, o sea la Asociación de Libre Comercio Americana, que comprende a todos los países del continente. En las reuniones del Grupo Mercado Común se ha consensuado que la forma de relacionamiento con el ALCA y con el NAFTA va a ser de carácter grupal, o sea que rechazan la idea de la incorporación individual de los miembros del Mercosur al ALCA, haciendo respetar el proceso regional, como quedó evidente en la reunión de Belo Horizonte (Brasil) de mayo de 1997, y en la de Santiago de Chile de mayo de 1998.

El Mercosur se está vinculando con el ASEAN e inclusive con la CEI (Comunidad de Estados Independientes) que aglutina a algunas repúblicas de la ex URSS lideradas por Rusia). Desde julio de 1997 la República Popular China ha iniciado un proceso de acercamiento al Mercosur.

El Mercosur constituye para nuestro país una vía de inserción internacional que facilita la búsqueda y obtención de un lugar destacado en la economía global. Ello implica no descartar acuerdos con terceros Estados que faciliten la integración de la economía argentina al contexto internacional; es el caso específico de los acuerdos firmados con Chile en 1990 y 1991.

¿Cuáles son las razones que fundamentan la decisión argentina de impulsar la integración económica con Brasil?

—El tamaño del mercado brasileño (160 millones de habitantes) es uno de los principales factores que hacen de la integración una alternativa valiosa.

—La desactivación de las hipótesis de conflicto con el vecino país constituye un incentivo de gran magnitud para el proceso democrático argentino.

—La integración con un Estado que detenta niveles de crecimiento

económico elevados puede favorecer la concreción del efecto “locomotora” sobre la economía argentina.

—La fragmentación del comercio mundial en bloques económicos obliga a plantearse escenarios alternativos a la tradicional inserción argentina en el mundo.

El Mercosur representa el primer emprendimiento que ha trascendido a los gobiernos de turno. Antes de la firma del Tratado de Asunción la política exterior argentina se caracterizó, entre otras cosas, por la falta total de continuidad. A partir del total respaldo brindado a este proceso de integración, iniciado durante el gobierno radical del Dr. Alfonsín, con el gobierno del Dr. Menem se revierte una de las falencias que mayor incidencia tuvo en la política exterior de nuestro país.

Actualmente los principales obstáculos que deben enfrentar los Estados firmantes del Tratado de Asunción se centran casi exclusivamente en la dimensión macroeconómica y su necesaria coordinación, aspecto que se muestra como de difícil resolución.

Por otra parte las constantes reuniones a nivel presidencial representan un acercamiento para la consecución de los trabajos técnicos que intentan otorgar una estructura a la idea de integración expresada por los cuatro países.

Miranda se pregunta si el pragmatismo político impuesto por la Cancillería en 1989 sigue vigente o si nos encontramos ante una “posalineación”.

Propone repensar la agenda que no debe basarse en intereses comunes sino en necesidades comunes.

Dice que la gobernabilidad de la convivencia depende de que la política esté más implicada en la regulación por anticipación que por reacción.³⁰

Entre el 23 y el 24 de julio de 1998 se llevó a cabo la XIV Cumbre de Presidentes del Mercosur en la ciudad de Ushuaia de la que participaron además los presidentes de Chile y de Bolivia y como invitado de honor el líder sudafricano Mandela.

Los resultados fueron magros ya que solamente se pudieron firmar algunos avances en materia de integración (como la liberación de un número limitado de actividades del sector servicios de arquitectura, ingeniería y contaduría). La pulseada de fondo —automotriz y azúcar—

³⁰ Ver nota 27.

no alcanzó a definirse y fue postergada nuevamente para el segundo semestre de 1998, con el agravante de interposición de una queja por la Argentina, basada en que Brasil subsidia a estas dos industrias. Faltaron las declaraciones que muestren un compromiso político fuerte con el proceso de integración. La profundización del Mercosur sigue dependiendo de la voluntad integradora de Argentina y Brasil, especialmente de este último país que debe modificar algunas medidas económicas.³¹

³¹ Diario La Nación. Sec. Economía del 16/07/98, p. 3

SECCIÓN XXII

SISTEMA AMERICANO

97. Desarrollo del sistema regional americano. 98. Carta de la OEA: A. *Reformas a la Carta de la OEA*; B. *Características de la organización*. 99. Tareas de la OEA según la carta reformada. 100. Organos de la OEA: 101. Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR): A. *Pacto de Bogotá*; B. *Convenio económico con Bogotá*. 102. Organización de Estados Centroamericanos (ODECA): *Nuevas tendencias en el marco interamericano*.

En los últimos 20 años la OEA ha sufrido crisis de orden político y económico, que la llevaron a reformar sus estructuras. La simplificación burocrática y la racionalización administrativa han permitido mejorar el trabajo de la organización, la que también ha progresado en el campo cultural, de la mujer, de las cuestiones que afectan a la sociedad civil en general. Pero la espina que todavía no ha salido del cuerpo de países latinoamericanos que integran la OEA es el no reingreso de Cuba a la organización, y la política de EE.UU., de discriminación y coacción contra ese país, con actitudes como la ley Helms-Barton, y otras medidas de presión económica que asfixian al régimen cubano.

Esta preocupación de los demás países se ha exteriorizado en cuanto reunión regional se produce, como ocurrió en la reunión de Santiago de Chile, a la que asistió el presidente de EE.UU. con el propósito de difundir su idea del ALCA.

97. Desarrollo del sistema regional americano

En el desarrollo del sistema americano, pueden distinguirse dos fases: el primer período, llamado *hispanoamericano*, se inició con el Congreso de Panamá,¹ gran obra de Simón Bolívar. El segundo período,

¹ Realizado en 1826.

o sea *el continental*, empezó con la Conferencia de Washington en 1889. Fue eminentemente comercial: trataba las relaciones comerciales recíprocas, la formación de una unión aduanera, el plan de arbitraje, la adopción de un sistema de pesas y medidas uniformes y de una moneda común. La idea de la unión aduanera no pudo llevarse a cabo, pero como saldo positivo de esta Conferencia quedó un ente titulado "Unión Internacional de las Repúblicas Americanas para la Pronta Recopilación y Distribución de Datos sobre el Comercio". Esta unión estuvo representada por una oficina que se estableció en Washington, bajo la supervisión del secretario de Estado de los EE.UU., denominada "Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas", que tuvo a su cargo todo lo que fuera de interés comercial.²

Este movimiento continental,³ que comenzó con la citada conferencia, se ha expresado principalmente a través de sucesivas conferencias llamadas, en un principio, *panamericanas* y, posteriormente, *interamericanas*.

Hubo toda una serie de conferencias que se reunieron en México, en 1902; Río de Janeiro, 1906; Buenos Aires, 1910; Santiago, 1923; La Habana, 1928; Montevideo, 1933; Lima, 1938; Bogotá, 1948, y Caracas, 1954.⁴

Desde 1910, la Asociación formada por las 21 repúblicas americanas poseía una organización análoga a las uniones administrativas erigidas en la segunda mitad del siglo XIX.⁵ un órgano central permanente, que era la Unión Panamericana, y una conferencia diplomática que se realizaba con intervalos. Esa asociación constituía un sistema interamericano.

Aparte de las citadas conferencias hubo tres conferencias ex-

² Baquero Lazcano, 1956.

³ Lockey 1927; Yepes, 1930

⁴ Con respecto a la oficina de Washington pudo observarse un progreso notable a través de estas conferencias; fue aumentado su poder y prestigio. En la conferencia de México se acordó que en lo sucesivo el instituto creado se denominaría "Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas" y funcionaría bajo la dirección de un consejo directivo constituido por los representantes diplomáticos de los gobiernos americanos; el secretario de Estado de EE.UU. sería el presidente de dicho consejo. En la tercera conferencia panamericana se ampliaron las atribuciones de la oficina, encargándola de preparar las futuras conferencias panamericanas y ocuparse de todo lo relativo a ellas. En la Conferencia de Buenos Aires recibió el título de *Unión Panamericana*, que conservó hasta 1967.

⁵ Véase N° 104 A.

traordinarias: Buenos Aires, en 1936; Chapultepec, en 1945, y Quitandinha, en 1947. La conferencia de Buenos Aires se reunió por la situación inquietante que vivía el mundo y que hacía presagiar una Segunda Guerra Mundial. En esta conferencia interamericana de consolidación de la paz se firmó una “convención para el mantenimiento, afianzamiento y restablecimiento de la paz”, y según sus estipulaciones en el caso de verse amenazada la paz de las repúblicas americanas, sus gobiernos reconsultarían para determinar una acción tendiente al mantenimiento de la misma; así surgió la institución de la reunión de consultas de los ministros de Relaciones Exteriores. En la conferencia de Chapultepec se firmaron dos acuerdos: el acta de Chapultepec y la resolución IX sobre “Reorganización, consolidación y fortalecimiento del sistema interamericano”. Ambos documentos han pasado a integrar, aunque no literalmente, el “Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca” (TIAR) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

La organización de la OEA debe ser considerada desde un doble punto de vista: uno estático y otro dinámico. Mientras la Liga de las Naciones o bien la Organización de las Naciones Unidas, han sido creadas de golpe, por proclamación de una constitución, la OEA es el producto de un proceso lento, en cuyo transcurso fueron apareciendo sucesivamente los distintos órganos.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos fue adoptada en 1948 en la 9ª Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, con el objeto de dar al continente una estructura jurídica permanente.

Antes de emprender el análisis de la carta, cabe señalar que salvo Canadá, pertenecen a la OEA desde el principio todos los Estados Americanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba (desde 1962 suspendida en sus derechos de Estado miembro), Chile, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Entre 1967 y 1968 la OEA aceptó tres nuevos miembros: Barbados, Jamaica y Trinidad y Tobago, ex colonias británicas emancipadas. Canadá solicitó, el 21-1-1972, su admisión a la OEA como observador permanente.⁶

⁶ Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: a) el d.i. es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas; b) el orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los

98. Carta de la OEA

Influencia ideológica norteamericana en la constitución de la OEA:
En 1947 la creación de la OEA desde el punto de vista norteamericano,

tratados y de otras fuentes de d.i.; c) la buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre sí; d) la solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ellos se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa; e) los Estados americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos; f) la agresión a un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados americanos; g) las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medios de procedimientos pacíficos; h) la justicia y la seguridad social son bases de una paz duradera; i) la cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad común de los pueblos del continente; j) los Estados americanos reclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo; k) la unidad espiritual del continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana, y l) la educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz.

He aquí todo el ideario del primitivo texto de la carta de la OEA, de 1948, declarado en los artículos 2º y 3º. Un ideario que no iba más allá de los ideales de la democracia liberal, proyectados al ámbito internacional: la *libertad e igualdad*, formal y declaratoria, presentada en una atmósfera saturada de notoria *fraternidad* retórica.

El desarrollo económico y social, la justicia y la seguridad social no iban más allá de enunciados vagos. Según una opinión generalizada en Latinoamérica, la OEA no tenía otros objetivos que la organización hegemónica del *hinterland* estadounidense, de acuerdo a las necesidades de una doctrina norteamericana proclamada por Monroe.

No es de extrañar que la OEA fuera blanco predilecto de críticas, sobre todo marxistas y en cierta medida nacionalistas, y que sólo gozara de tibias simpatías en los círculos democráticos de América latina. Por consiguiente careció del prestigio y vigor necesarios para afrontar debidamente el papel que le tocó en el momento de la aparición de la cabecera de puente comunista en el hemisferio en 1959. Al votar medidas para contener la exportación de la revolución, algunos estadistas latinoamericanos parecían tener ciertas dudas de si defendían la causa de la democracia o tan sólo intereses económicos de una gran potencia hegemónica.

Fue la CEPAL, órgano de la ONU, quien se encargó de estudiar el problema candente de América latina: la superación del atraso económico social, cultural y sanitario de la mayor parte de los países ibéricos del hemisferio. Y cuando el presidente estadounidense John F. Kennedy encaró este problema tuvo que crearse una organización particular que fue la Alianza para el Progreso. Recién la reforma de 1967 extiende la actividad de la OEA a estas tareas, vastas y urgentes: el Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso fue integrado en la OEA como comisión ejecutiva permanente del Consejo Económico y Social.

debía hacerse bajo las consignas de: 1) reconstruir el sistema panamericano; 2) adoptar una resolución orientada contra el movimiento comunista; 3) garantizar la posibilidad de intervención de EE.UU. en los asuntos internos de Latinoamérica, cubriéndose con las declaraciones de "peligro comunista"; 4) concertar con los países latinoamericanos acuerdos económicos, que respondan a los intereses norteamericanos; 5) garantizar las inversiones efectuadas por particulares y por compañías de origen estadounidense.

El tema del peligro comunista fue planteado por el presidente de la delegación norteamericana, Marshall, pero a propuesta del representante de México, se excluyó del proyecto el punto sobre prohibición inmediata de los partidos comunistas en las Repúblicas Americanas. Sin embargo, en su nueva variante, la Resolución XXXII "Sobre el Mantenimiento de la Defensa de la Democracia en América", representó una evidente intervención en los asuntos internos de los Estados y un intento de ubicar al bloque por sobre la ONU.

La delegación argentina —presidida por el Canciller Bramuglia— llevaba también precisas instrucciones: 1) La Carta Orgánica del Sistema Interamericano debía ser estructurada en forma tal que no pueda presuponer la creación de un Super-Estado; 2) debía contener solamente normas de carácter jurídico, debiendo eliminarse las políticas y militares; 3) el Consejo Directivo no debía tener atribuciones políticas.⁷

Desde este mismo punto de vista, la delegación argentina se opuso a la acción colectiva, por considerarlo un rasgo de Super-Estado, obteniendo la supresión del párrafo del proyecto en el que se decía: "*La acción colectiva prevista en este Pacto o en la carta de las Naciones Unidas, no constituye intervención.*" Sin embargo, en 1954, en la Décima Conferencia Panamericana fue aprobada la Resolución 93, que en su esencia contemplaba el derecho a la "intervención colectiva".⁸ Si bien es cierto que México, Guatemala y Argentina se opusieron, EE.UU. consiguió la aprobación de la Resolución. En definitiva hubo consenso en denominarla Organización de Estados Americanos.⁹

Respecto del punto segundo de las instrucciones, la delegación

⁷ Ver Conil Paz, Alberto y Ferrari, Gustavo, *Política Exterior...*, op. cit., p. 181.

⁸ Ver Matos Ochoa, Sergio, *El Panamericanismo a la Luz...*, op. cit., ps. 161-162. Ver más adelante la Décima Conferencia Panamericana. Ver la propuesta de Rodríguez Larreta.

⁹ Ver Conil Paz, Alberto y Ferrari, Gustavo, *Política Exterior...*, op. cit., p. 182.

argentina logró que se separara del Consejo de la OEA al Consejo Interamericano de Defensa que, según el proyecto que se había redactado, constituía un órgano especializado del Consejo de la OEA. De esta forma se eliminó toda norma similar dentro de la Carta.

A. Reformas a la Carta de la OEA

Después de 17 años de funcionamiento la observación llevó a concluir que el supremo órgano de la OEA, la Conferencia Interamericana, era inoperante y la organización quedaba de espaldas a las necesidades económicas, sociales y culturales de los países del continente. Para terminar con estas deficiencias se celebró en Río de Janeiro en 1965 la 2ª Conferencia Interamericana Extraordinaria, que reconoció "que era imprescindible dar al sistema interamericano un mayor dinamismo modificando la estructura funcional de la OEA". Con tal objeto, se convocó a la 3ª Conferencia Interamericana Extraordinaria, que se reunió en Buenos Aires y aprobó un "Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos", denominado Protocolo de Buenos Aires, que suscribieron los plenipotenciarios de los Estados miembros el 27-2-1967; que entró en vigor el 27-2-1970, entre los Estados que lo ratificaron, cuando los dos tercios de los Estados signatarios depositaron sus instrumentos de ratificación. El protocolo no constituye una carta sino que reforma la de 1948.

Luego de la Reforma de 1967, no resultando del todo satisfactorio lo actuado, se resolvió profundizar los cambios en la institución. En la Tercera Asamblea General Ordinaria, celebrada en Washington, en abril de 1973, se propusieron medidas tendientes a la reestructuración del organismo.

En esta Reunión se presentaron tres posiciones: 1) sostenida por EE.UU., Brasil, Bolivia, Paraguay y otros países: consideraban la posibilidad de perfeccionar el sistema ya existente; 2) Perú, Chile, Barbados y Panamá: se acogieron a la tesis propuesta por Chile de institucionalizar los polos que componen el hemisferio: América Latina por un lado y EE.UU. por el otro; la latinoamericanización del Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso (CIAP) y de la Conferencia sobre Aplicación de la Ciencia y la Tecnología al Desarrollo de América Latina (CACTAL) dentro del marco de la OEA y de la CEPAL; el levantamiento de sanciones a Cuba y la revisión del TIAR;¹⁰ 3)

¹⁰ Sería revisado en 1975, pero no lograría las ratificaciones necesarias para su puesta en vigencia.

Argentina, Costa Rica, Ecuador, México, Venezuela y otros países: encaminada al reconocimiento del pluralismo ideológico en el Continente; la incorporación del resto de los países del hemisferio a la OEA y el fortalecimiento de los países latinoamericanos en el seno de la Organización.¹¹

Pero recién se logra un nuevo Protocolo de Reformas en Cartagena de Indias, en 1985, que se encuentra vigente desde 1989. Posteriormente se produjeron dos reformas más, por el Protocolo de Washington de 1992 y por el de Managua de 1993, que debían obtener la ratificación por las 2/3 partes de los miembros, lo que se obtuvo a partir de 1997.

B. Características de la organización

La Organización se asienta sobre 4 pilares fundamentales para su funcionamiento: 1. La no intervención; 2. La solución pacífica de las controversias; 3. La seguridad colectiva y 4. El desarrollo integral.

1. Respecto de la *no intervención* se establece que se excluye no solamente la armada, sino también a cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen.

Además se establece que “ningún Estado podrá aplicar o estimular medidas coercitivas de carácter económico y político para forzar la voluntad soberana de otro Estado y obtener de éste ventajas de cualquier naturaleza.¹² Sin embargo, la evolución de las relaciones interamericanas demostró que la aplicación de medidas coercitivas de carácter político y particularmente económico, han sido las más utilizadas para obtener respuestas favorables o para disciplinar a los gobiernos de la región, por parte de EE.UU.

2. La *solución pacífica de las controversias* es un postulado histórico de las relaciones interamericanas.

3. La *seguridad colectiva*, cuyos antecedentes inmediatos se encuentran en el Acta de Chapultepec (1945) y en el TIAR (1947), se basa en el principio de solidaridad continental; estableciendo la Carta en el

¹¹ Ver Tomassini, Luciano, Tendencias Favorables o Adversas a la Formación Regional Latinoamericana, en “Estudios Internacionales”, 1975, Vol. VIII, Nº 9, ps. 27-30.

¹² Artículos 15 y 16 de la Carta de la OEA.

artículo 29 los distintos casos de seguridad colectiva continental, adoptándose como norma de conducta a la solidaridad o la legítima defensa colectiva. De todas formas, quedaba la Doctrina Monroe para la actuación individual de EE.UU., ya que ésta contempla el “derecho inherente” de la legítima defensa individual en caso de verse amenazada su seguridad en el hemisferio. Por otra parte, se estaba siguiendo el modelo de Franklin D. Roosevelt con su “Política del Buen Vecino”, mediante la que se hablaba de “solidaridad hemisférica” y se mencionaba poco a la Doctrina Monroe, más bien por una razón de prudencia que de cambio de actitud.

4. El *desarrollo integral* recién fue formulado como tal en las últimas modificaciones. En la concepción originaria de la OEA, en 1948 se hacía referencia a la cooperación económica y social, pero en forma incipiente.

La Carta se divide en 3 partes: la primera especifica la naturaleza, propósitos y principios de la organización, derechos y deberes fundamentales de sus miembros y normas generales en materia de solución pacífica de conflictos, seguridad colectiva y desarrollo integral. La segunda establece la estructura de la organización, y la tercera (arts. 137 a 150), incluye normas sobre relaciones con la ONU, disposiciones varias y transitorias.¹³

99. Tareas de la OEA según la carta reformada

La última reforma, vigente desde 1997, ha introducido tres aspectos no contemplados en el primer modelo organizativo. Estos nuevos tópicos se refieren a los problemas de mayor urgencia dentro de la realidad política continental en el orden económico-social¹⁴ (art. 30) y educativo-cultural (art. 45-90).

Todo un capítulo de la carta, el VII, estipula normas económicas que se comprometen a seguir los Estados miembros del organismo. La

¹³ Véase Calzada Flores, 1949; Canyes Santacana, 1963; Claret de Voogt, 1956; Claude, 1964; Cuevas Cancino, 1954; Hadley, 1951; Mc Key, 1954; Marinho, 1959.

¹⁴ Desde el punto de vista económico, los Estados del istmo centroamericano, salvo Panamá, firmaron en 1960, el Tratado General de Integración Interamericana, y los sudamericanos, junto con México, en el mismo año, establecieron, en Montevideo, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Dentro de la última existe un bloque andino (concluido por el tratado de Cartagena) y la Cuenca del Río de la Plata. Véase la Sección XXXII.

dirección de estas normas apunta a dos factores fundamentales: 1) la conducción de las políticas económicas y sociales internas dentro del marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano, y 2) una política económica exterior que permita un desarrollo económico equilibrado entre los Estados miembros, basada en la cooperación y en la aventajada reducción y eliminación de tarifas y otras barreras a los países de menor desarrollo, por parte de los más desarrollados, siempre dentro de la órbita americana.

En líneas generales, la carta obedece a una orientación integracionista. El art. 42 consagra a la "integración" como uno de los objetivos de la organización regional. Con el fin de acelerar dicho proceso impone a los Estados miembros la obligación de "dar una adecuada *prioridad* a la preparación y ejecución de proyectos multinacionales y a su financiación, así como a estimular a las instituciones económicas y financieras del sistema americano, para que den su más amplio respaldo a las instituciones y a los programas de integración regional". "La cooperación técnica y financiera, tendiente a fomentar los procesos de integración económica regional, debe fundarse en el principio del desarrollo armónico, equilibrado y eficiente, con una especial atención a los países de menor desarrollo relativo. Constituirá un factor decisivo que los habilite a promover con sus propios esfuerzos, el mejor desarrollo de sus programas de infraestructura, nueva línea de producción y la diversificación de sus exportaciones".¹⁵

Como conclusión puede decirse que el objetivo de un "desarrollo equilibrado y armónico", no puede realizarse con el fin de emparejar negativamente los desequilibrios de los balances de pago latinoamericanos. Las condiciones objetivas que se dan entre los países miembros de esta organización regional, no se prestan, por su Estado financiero deficitario y las diferentes necesidades prioritarias, para lograr el ideal de un mercado común. Por el contrario, pusieron en evidencia que la imagen de un hinterland de influencia norteamericana no se había borrado.

La reforma también introdujo importantes normas de contenido social y cultural. Propició que se destaque, en los planes de desarrollo: "el estímulo de la educación, la ciencia, la cultura, orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la justicia social y el progreso".

¹⁵ Véanse los artículos 30 a 45 de la Carta de OEA.

En estos aspectos, las medidas de cooperación, pueden constituir verdaderos lazos de mayor unión latinoamericana, que favorezcan el mayor intercambio y conocimiento recíproco, lo que también constituye una meta fijada por la OEA en su nueva versión reformada.¹⁶

100. Organos de la OEA

Según el art. 53: son:

- a) La Asamblea General;
- b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores;
- c) Los Consejos;
- d) El Comité Jurídico Interamericano;
- e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- f) La Secretaría General;
- g) Las Conferencias Especializadas, y
- h) Los Organismos Especializados.

Se podrán establecer, además de los previstos en la Carta y de acuerdo con sus disposiciones, los órganos subsidiarios, organismos y las otras entidades que se estimen necesarios.

La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA, que decide su acción y su política coordina las actividades de los órganos, armoniza la cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos y con otras organizaciones internacionales, aprueba el presupuesto de la Organización y fija las cuotas de los Estados miembros (art. 54). Establece las bases para fijar la cuota con que debe contribuir cada uno de los gobiernos al sostenimiento de la Organización (art. 55). Cada Estado tiene derecho a un voto (art. 56).

La Asamblea General se reunirá anualmente en la época que determine el reglamento y en la sede seleccionada conforme al principio de rotación (art. 57). En circunstancias especiales y con la aprobación de los dos tercios de los Estados miembros, el Consejo Permanente

¹⁶ Como ya hemos mencionado, el texto reformado destaca la importancia del aspecto económico. Este tema, así como el referente al proceso de integración latinoamericana, lo desarrollaremos en la Sección XXXII al abordar el problema de la supranacionalidad, la integración, y el derecho comunitario.

convocará a un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (art. 58).

Las decisiones de la Asamblea General se adoptarán con el voto de la mayoría absoluta de los Estados miembros, salvo los casos en que se requiere el voto de los dos tercios (art. 59).

La Reunión de Consulta de ministros de Relaciones Exteriores se celebra con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados Americanos, y para servir de Organó de Consulta (art. 61).

En caso de ataque armado al territorio de un Estado americano o dentro de la región de seguridad que delimita el tratado vigente, el presidente del Consejo Permanente reunirá al Consejo sin demora para determinar la convocatoria de la Reunión de Consulta, sin perjuicio de lo dispuesto en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca por lo que atañe a los Estados¹⁷ partes en dicho instrumento (art. 65).

El Consejo permanente de la Organización y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, dependen directamente de la Asamblea General (art. 70), pueden presentar estudios, propuestas y proyectos de instrumentos internacionales a las Conferencias especializadas (art. 73).

El Consejo Permanente de la Organización se compone de un representante por cada Estado miembro, nombrado especialmente por el Gobierno respectivo con la categoría de embajador (art. 80). La presidencia del Consejo Permanente será ejercida sucesivamente por los representantes en el orden alfabético de los nombres en español de sus respectivos países y la vicepresidencia en idéntica forma, siguiendo el orden alfabético inverso y duran 6 (seis) meses en sus mandatos. El Organó de Consulta (art. 83) debe velar por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros y, con tal fin, les ayudará de una manera efectiva en la solución pacífica de sus controversias (art. 84). El Consejo Permanente, en el ejercicio de estas funciones, adoptará sus decisiones por el voto afirmativo de los dos tercios de sus miembros, excluidas las partes, salvo aquellas decisiones cuya aprobación por simple mayoría autorice el reglamento (art. 89).

¹⁷ Se establece un Comité Consultivo de Defensa para asesorar al Organó de Consulta en los problemas de colaboración militar que puedan suscitarse con motivo de la aplicación de los tratados especiales existentes en materia de seguridad colectiva (art. 66).

El Consejo Permanente y la Secretaría General tendrán la misma sede (art. 92).

El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral se compone de un representante titular, a nivel ministerial o su equivalente, por cada Estado miembro, nombrado especialmente por el Gobierno respectivo.

Funciones: El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral podrá crear los órganos subsidiarios y los organismos que considere conveniente para el mejor ejercicio de sus funciones. Para realizar sus diversos fines, particularmente en el área específica de la cooperación técnica, el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral deberá formular y recomendar a la Asamblea General el plan estratégico. Establece relaciones de cooperación con los órganos correspondientes de las Naciones Unidas y con otras entidades nacionales e internacionales, especialmente en lo referente a la coordinación de los programas interamericanos de cooperación técnica; evalúa periódicamente las actividades de cooperación. Celebrará, por lo menos, una reunión al año a nivel ministerial o su equivalente, y podrá convocar la celebración de reuniones para los temas especializados o sectoriales que estime pertinentes, en áreas de su competencia. Reunirá, además, cuando lo convoque la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (arts. 93, 95, 96).

El Comité Jurídico Interamericano es el cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudia los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente. Además, puede realizar, a iniciativa propia, los que considere conveniente, y sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas (arts. 99, 100).

El Comité Jurídico Interamericano está integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por un período de cuatro años. La Asamblea General los elige mediante un régimen que tenga en cuenta la renovación parcial y procure, en lo posible, una equitativa representación geográfica. En el Comité no podrá haber más de un miembro de la misma nacionalidad (art. 101).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia (art. 106).

La Secretaría General es el órgano central y permanente de la Organización de los Estados Americanos (art. 107).

El Secretario General de la Organización será elegido por la Asamblea General para un período de cinco años y no podrá ser reelegido más de una vez ni sucedido por una persona de la misma nacionalidad. En caso de que quedare vacante el cargo de Secretario General, el Secretario General Adjunto asumirá las funciones de aquél hasta que la Asamblea General elija un nuevo titular para un período completo (art. 108).

Promueve relaciones de cooperación entre los miembros (art. 111). También cumple funciones de carácter administrativo, de asesoramiento técnico. Es depositario y custodia de los documentos, de los tratados y acuerdos interamericanos, así como de los instrumentos de ratificación de los mismos. Prepara el presupuesto. Presenta a la Asamblea General, en cada período ordinario de sesiones, un informe anual sobre las actividades y el estado financiero de la Organización.

El Secretario General Adjunto es el Secretario del Consejo Permanente. Tiene el carácter de funcionario consultivo del Secretario General y actuará como delegado. Deben ser de distinta nacionalidad (art. 115).

La Asamblea General, con el voto de los dos tercios de los Estados miembros, puede remover al Secretario General o al Secretario General Adjunto, o a ambos, cuando así lo exija el buen funcionamiento de la Organización (art. 116).

El Secretario General designará, con la aprobación del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, un Secretario Ejecutivo (art. 117).

La sede de la Secretaría General es la ciudad de Washington D.C. (art. 121).

Las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana, y se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los Consejos u Organismos Especializados (art. 122).

Los Organismos Especializados disfrutan de la más amplia autonomía técnica pero deberán tener en cuenta las recomendaciones de la Asamblea General y de los Consejos, de conformidad con las disposiciones de la Carta (art. 126).

Enviarán a la Asamblea General informes anuales sobre el desarrollo de sus actividades y acerca de sus presupuestos y cuentas anuales (art. 127). Deben establecer relaciones de cooperación con organismos mundiales de la misma índole, a fin de coordinar sus actividades, manteniendo su identidad y posición como parte integrante de la Organización de los Estados Americanos, aun cuando desempeñen funciones regionales de los Organismos Internacionales.

Ninguna de las estipulaciones de esta Carta se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (art. 131).

101. Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR)

Elaborado en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad del Continente reunida en Quitandinha (Petrópolis, Río de Janeiro), el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, fue suscripto el 2-9-1947 y entró en vigor el 3-12-47. Este pacto contiene los compromisos más graves asumidos hasta ahora por las repúblicas americanas en su vida de relación, pero en la práctica ha demostrado su inoperancia como se pudo constatar en la guerra de Malvinas.

El Tratado de Río está construido en base a una doble distinción, algo semejante a un sistema de coordenadas resultante de la intersección de dos líneas perpendiculares entre sí; cualidad de la agresión y cualidad del agresor. Por esto debe tenerse en cuenta, para entenderlo, una doble distinción básica, según que la agresión sea o no un ataque armado, y según el agresor sea o no un Estado americano.

En su articulado contempla distintas situaciones:

a) *Caso de ataque armado*. Se trata de un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado americano dentro del mismo territorio del Estado e incluso dentro de la "zona de seguridad". Esta zona abarca todo el continente y sus aguas adyacentes inclusive la zona de seguridad marítima y desde el Polo Norte hasta el Polo Sur.¹⁸ Este

¹⁸ Cabe agregar que esta zona se inspira en la que fue adoptada en la primera reunión de consulta en Panamá en 1933 con respecto a la neutralidad pero es más amplia que aquélla porque comprende los casquetes polares. No fue observada por los beligerantes no americanos durante la Segunda Guerra Mundial.

ataque se considera como un ataque contra todos los Estados de América y, en consecuencia, cada una de dichas partes contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inminente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el art. 51 de la carta de la ONU (art. 3º, párr. 1º y 4º). Se trata de la adopción de medidas inmediatas necesarias, pero de carácter voluntario.

Cuando se presenta esta situación, y a solicitud del Estado o Estados atacados, cada parte contratante podrá determinar las medidas inmediatas que adopte individualmente, basándose en la solidaridad continental, hasta que el órgano de consulta del sistema interamericano, que se reunirá sin demora, examine esas ideas y acuerde las de carácter colectivo que convenga adoptar (art. 3º, párr. 2º y 3º). Estas medidas de defensa de que trata el art. 39 pueden aplicarse en tanto que el CS de la ONU no haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacional (art. 3º par. 4º).

Entendemos que son "medidas necesarias" las que efectivamente conduzcan al mantenimiento o restablecimiento de la paz y la seguridad. Según algunos comentaristas esta interpretación es la única que permite a los organismos regionales proveer de manera adecuada a la legítima defensa, e impedir, llegado el caso, el veto paralizante del CS de la ONU.¹⁹

El Tratado de Río de Janeiro no permite imponer al agresor sanciones que traspasen el marco de la legítima defensa, pero en lo que a ésta atañe concede amplia libertad de acción. La obligación de los países firmantes está circunscripta a términos especiales, pues sólo se observará cuando el ataque ocurra dentro del territorio de un Estado americano.

b) Caso de agresión que no sea un ataque armado. El órgano de consulta acordará medidas necesarias en ayuda del agredido para la

¹⁹ También se refiere el art. 39 al "territorio de un Estado americano" y esta expresión ha suscitado discusiones respecto a su interpretación: la cuestión que se plantea es saber si la disposición se refiere a islas o colonias de los EE.UU., en otro continente. La mayoría de los juristas opinan que estos territorios pueden ser considerados "territorio del Estado" en el mismo sentido que el metropolitano; así entraría en aplicación el tratado en caso de que EE.UU. sufriera un ataque en sus posesiones del Pacífico, como lo fue el de Pearl Harbor. Pero, si bien el tratado obliga respecto a los territorios insulares o coloniales que forman parte del territorio de un Estado americano, en general se sostiene que no comprende aquellas zonas en que un Estado puede tener ocasionalmente jurisdicción efectiva por administración política u ocupación militar.

defensa común y el mantenimiento de la paz y la seguridad (art. 6°). Un Estado que sea víctima de una agresión o intervención subversiva tiene el derecho a la legítima defensa individual y colectiva que antes se consideraba reservado a la víctima de una agresión armada, de acuerdo a la resolución 9° de la Reunión de Consulta de 1964. Esto último podría ser interpretado en el sentido de que cualquier movimiento de liberación genera un peligro de agresión.²⁰

c) *Caso de ataque armado fuera de la zona de seguridad.* En tales casos el órgano de consulta se reunirá inmediatamente a fin de acordar las medidas que en caso de agresión se deben tomar en ayuda del agredido, o en todo caso las que convenga tomar para la defensa común y para el mantenimiento de la paz y seguridad del continente (art. 3° párr. 31).²¹

d) *Caso de conflicto entre dos o más Estados americanos.* En este caso, hay que pasar previamente por la etapa que podría llamarse de "consulta pacificadora". Las partes contratantes deben reunirse en consulta e instar a los Estados contendientes a suspender las hostilidades y a restablecer las cosas al *statu quo ante bellum*, tomando además las medidas necesarias para mantener la paz y seguridad de América y tratando que el conflicto se solucione por medios pacíficos (art. 7°). Todo esto sin perjuicio del derecho a la legítima defensa, conforme al art. 51 de la carta de la ONU.²²

²⁰ De esta manera se estaba creando la posibilidad ilimitada, para EE.UU., de aplastar cualquier oposición o comportamiento autónomo de los países latinoamericanos. Concretamente, de acuerdo con la letra, podría ser declarado "agresor" un país que, sin violar la soberanía de ningún otro, sin cometer ninguna acción contra la paz, resultara incómodo, debido a su sistema político, o ser acusado de comunista tan sólo porque ese país intenta conquistar su independencia económica.

²¹ Como vemos, la delimitación geográfica de "zona de seguridad" era necesaria porque un ataque armado puede no tener por objeto inmediato el territorio de un Estado y sus aguas circunvecinas sino por ejemplo, sus fuerzas terrestres, navales o aéreas que no comprometen de inmediato la paz y seguridad del continente, pudiendo esperarse, por lo tanto, que el órgano de consulta (que de todos modos ha de reunirse) tome las medidas necesarias (art. 6°). Además, la región determinada por el art. 4° es lo suficientemente extensa como para cubrir completamente la seguridad colectiva.

²² El órgano de consulta no puede adoptar cualquier medida que considere conveniente sino que tomará una o más de las que taxativamente enumera el art. 8°, a saber: el retiro de los jefes de misión; la ruptura de las relaciones diplomáticas; la ruptura de las relaciones consulares; la interrupción parcial y total de las comunicaciones en general, y el empleo de las fuerzas armadas.

La aplicación de estas medidas es obligatoria para todos los Estados ratificantes del tratado (México violó este deber al no aplicar las medidas decididas por la 9ª Reunión de Consulta de 1964, contra Cuba), con excepción del empleo de las fuerzas armadas. Respecto a ésta, es necesario hacer dos aclaraciones:

1. Según el art. 20, ningún Estado está obligado a emplear las fuerzas armadas sin su consentimiento.²³

2. En consecuencia, las fuerzas armadas no deben emplearse, en general, sino sólo para rechazar el ataque armado. El tratado de Río no constituye un sistema de sanciones colectivas (ya que ésta es una atribución del Consejo de Seguridad de la ONU).²⁴

El art. 9º contiene una definición mixta de agresión: primero, especifica dos formas de agresión, a saber: 1) ataque armado no provocado por un Estado contra el territorio, la población, o las fuerzas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, y 2) invasión, por las fuerzas armadas, del territorio de un Estado americano, mediante el traspaso de sus fronteras y, a falta de fronteras definidas, cuando la invasión afecte a una región que esté bajo supremacía efectiva de un Estado americano.

e) Organó de consulta. Se constituye por la reunión de los ministros de Relaciones Exteriores, pero, mientras este órgano no se reúna, puede actuar provisionalmente el Consejo Permanente de la OEA (arts. 11 y 12).²⁵

²³ A diferencia de las demás medidas adoptadas que se hacen obligatorias para todos los Estados ratificantes cuando el órgano de consulta las adopta con los dos tercios de los votos de los Estados signatarios.

²⁴ Una opinión semejante manifestaron también Enrique Bernstein Carabantes, Aniceto Rodríguez y Bernardo Sepúlveda (*Foro Internacional*, Nos. 8, 20 y 25-26). No la comparten otros internacionalistas americanos, teniendo en vista que el Consejo de Seguridad, con frecuencia paralizado por el veto, no puede servir como depositario exclusivo de las sanciones internacionales. Las mencionadas reservas pueden cargarse más bien a la cuenta del descrédito general en que cayó la OEA. Véase N° 97.

²⁵ La reunión de consulta es promovida mediante una solicitud dirigida a dicho Consejo por cualquier Estado que haya ratificado el tratado (art. 13), y el Consejo resuelve por mayoría absoluta de votos (art. 16); en cambio el órgano de consulta adopta sus decisiones por el voto de los dos tercios de los Estados (art. 17). Si la disputa fuera entre Estados americanos, las partes en litigio serán excluidas de las votaciones (art. 18).

f) *Duración del tratado.* El Tratado de Río rige por tiempo indefinido.²⁶

El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca significa el desarrollo de un sistema de seguridad colectiva de los países americanos para la seguridad del hemisferio,²⁷ que encierra en sus dos conceptos principales, la consulta en caso de amenaza a la paz y la acción colectiva para evitar o rechazar la agresión,²⁸ obligaciones sobre las que descansan la legítima defensa y la seguridad colectiva.

Produjo secuelas en las relaciones interamericanas, ya que el advenimiento de las nuevas naciones trajo la natural confrontación de las condiciones y necesidades de los antiguos miembros con los de los nuevos imponiendo su adecuación.²⁹

La ayuda financiera que EE.UU. proporciona a Latinoamérica se ha visto drásticamente reducida por parte del congreso norteamericano, alegándose diversas razones, de las cuales la primera y fundamental es la difícil (comparativamente) situación económica por la que atraviesa EE.UU.³⁰

g) *Reformas al TIAR.* Ante tantas tensiones internas se plantea la cuestión de la razón de ser de la OEA como organización continental, y de su eventual transformación en una organización latinoamericana o sólo iberoamericana. El TIAR mereció una revisión especial que una vez formalizada por el CEESI fue presentada ante la AG de la OEA la cual convocó a una conferencia de plenipotenciarios para completar

²⁶ Cualquiera de las partes contratantes puede denunciarlo (en cuyo caso deja de regir a su respecto dos años después de recibida la notificación respectiva por la Unión Panamericana); pero el tratado queda vigente entre los demás Estados (art. 25).

²⁷ Gómez Robledo, 1960; y "Foro Internacional", N° 1, 1960; Rodríguez, *ibídem* N° 7, 1962.

²⁸ Véase además N° 116.

²⁹ En lo que hace a la composición de sus miembros debe señalarse la situación de Cuba. El 15-2-1973 EE.UU. firmó con Cuba un tratado bilateral contra el desvío ilegal o secuestro de aeronaves. Esta habría sido el primer paso hacia la reanudación de las relaciones diplomáticas entre los dos gobiernos y el comienzo de una nueva política latinoamericana por parte de EE.UU..

³⁰ Además, también se hace alusión a las sanciones que aplica ese país a los latinoamericanos que proceden a nacionalizar compañías de origen norteamericano, o a aquellos países que en su orden interno conculquen los derechos humanos. Por esta razón, muchos países del área han salido a la búsqueda de la asistencia de otras potencias. Brasil, por ejemplo, ha estrechado sus vínculos con Alemania, Japón y Francia.

y firmar un protocolo de enmienda. Dicha conferencia se celebró en San José de Costa Rica y el protocolo fue firmado el 26 de Julio de 1975.³¹

La versión reformada del artículo 3 del Tratado dice que se limitará la defensa continental a un ataque armado contra un "Estado americano que sea parte contratante".

Pese a que se procuró limitar el área de aplicación del tratado, no sólo no se logró ese fin, sino que se incluyó en la misma Canadá y Groenlandia. Inclusive, se produjo el curioso hecho de que a Canadá no se lo consultó previamente.

Los países que quisieron darle al tratado un marco de aplicación estricto, lograron que se aprobara la propuesta de que un equipo de peritos cartógrafos, preparara un mapa que determinara el área de vigencia del tratado con exclusión de los territorios que no fueran geográficamente americanos, con la excepción de los que estuvieran bajo la total soberanía de un Estado americano.³²

También *se reformó el sistema de votación* de las decisiones reemplazándose el sistema de los dos tercios (2/3) por el de la mayoría absoluta de los votos.³³

Seguramente, como consecuencia del episodio cubano, una de las innovaciones más trascendentes del protocolo, es *la implantación del*

³¹ Durante los debates preparatorios uno de los temas más controvertidos fue el de la inclusión de nuevos Estados como miembros titulares del TIAR. Partiendo de la observación de que el TIAR se hizo sirviendo a la estrategia global de los EE.UU. durante la guerra fría, cuya última manifestación continental culminó con la imposición de sanciones a Cuba. Perú, México y Panamá presentaron una moción para que el tratado se aplique sólo en base al ataque de un Estado americano por otro Estado americano, o sea que sería de aplicación intracontinental y no extracontinental. Pero esta puesta, no obtuvo eco, como tampoco la tuvo la moción que propuso limitar el tratado a la agresión armada, excluyendo la agresión indirecta a la que alude el artículo.

Teniendo en cuenta esos debates se incluyó un importante cambio en la redacción del artículo 3 del tratado.

³² Sobre el sector Antártico y su vinculación con el TIAR, véase la Sección XII —Antártida Argentina—.

³³ El nuevo sistema de votación no pudo aplicarse para levantar las sanciones económicas y diplomáticas impuestas contra Cuba en 1964, en base a los artículos 6,8,17 del TIAR, por el cual fracasó la Conferencia de Quito de 1975. Pero cuando EE.UU. votó a favor de la propuesta de dejar en libertad de acción a los Estados miembros para normalizar sus relaciones con Cuba, la cuestión de fondo pudo resolverse rápidamente (sólo votaron en contra Chile, Paraguay y Uruguay; Brasil y Nicaragua se abstuvieron).

pluralismo ideológico que reitera el principio de no intervención y define el derecho del Estado de elegir libremente su organización política, económica y social.

Otra innovación, moderna y realista, es la que *amplía el concepto de seguridad* extendiéndose del campo político militar, al económico. Es así, como el protocolo dispone que "la seguridad económica colectiva para el desarrollo de los Estados miembros, debe ser garantizada". Queda delegada a tratados posteriores la implementación de esa seguridad económica. La tarea será, sin duda alguna, difícil ya que previamente será necesaria lograr una coincidencia en torno al concepto de seguridad económica, debido a que en América coexisten sistemas económicos dispares y hasta contrapuestos.

En cuanto a los *mecanismos de la seguridad defensiva*, el TIAR se vincula a la ONU en el caso en que el sistema interamericano no logre dar solución pacífica a los conflictos que se susciten en su área, para lo cual queda expedido el recurso al CS de la ONU. Además, para una mayor flexibilidad en el logro de la solución pacífica, algunos Estados interpretaron que el recurso a las medidas colectivas, por ser coercitivo e implicar el uso de la fuerza, debe tomarse con la autorización del CS, salvo el caso límite de la legítima defensa.³⁴

Además de la reforma del TIAR ya lograda, la AG de la OEA se ha propuesto la revisión y reforma de la Carta y del Pacto de Bogotá, y también la formulación de instrumentos que hagan a la cooperación para el desarrollo.

A. Pacto de Bogotá

Otro de los instrumentos importantes adoptados en esta Conferencia, fue el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. En la Conferencia celebrada en Lima en 1938, se había decidido la sistematización de los Tratados y Convenciones existentes, relativos a la solución pacífica de los conflictos, encargando esta tarea a la Unión Panamericana con el fin de que, previa opinión de las Repúblicas Americanas, se redactara un Código de Paz.

³⁴ Como sistema de seguridad regional, el TIAR está vinculado a la ONU (Cap. VIII de la Carta). En el protocolo todavía se mantiene el acento en la organización regional, como lo propuso EE.UU. para la toma de decisiones en materia continental (art. 2).

El arreglo pacífico de las disputas entre los Estados americanos ha sido uno de los principios básicos del Sistema Interamericano desde sus comienzos. No obstante ello, y aunque fue aceptado el principio de que todas las disputas americanas deben solucionarse por medios pacíficos, su incorporación a los tratados especiales resultó difícil. La mayoría de los tratados sobre el tema no habían obtenido las ratificaciones suficientes, por lo que el propósito del Pacto de Bogotá era sistematizar los acuerdos existentes y reemplazarlos.

En el Capítulo I del Pacto, consta la obligación general de resolver las controversias por medios pacíficos —aclarándose que estos medios serán regionales— antes de llevar las disputas al Consejo de Seguridad de la ONU esto, en cierta medida fue de conveniencia de EE.UU. ya que, de esta manera, evitaba el posible veto de otros miembros permanentes, particularmente la URSS.

En el Capítulo VI se establece el procedimiento judicial, elemento novedoso que se aporta con este Pacto, ya que no estaba establecido en los anteriores instrumentos.

Las partes contratantes reconocen como obligatoria y sin necesidad de convenio especial, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para casos de controversias, que sean de carácter jurídico, con otro Estado Americano en cuestiones que versen sobre; 1) interpretación de un tratado; 2) cualquier cuestión de derecho internacional; 3) la existencia de un hecho que, de ser establecido, constituya violación de una obligación internacional; y 4) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. Además, cuando el procedimiento de conciliación no llegase a una solución aceptable y no se hubiese convenido un procedimiento arbitral, cualquiera de las partes puede recurrir a la Corte en la forma establecida en el artículo 40 del Estatuto, quedando obligatoriamente abierta la jurisdicción de la Corte.

Uno de los puntos controvertibles se encuentra en el artículo 7, en el que las Partes “se obligan a no intentar reclamación diplomática para proteger a sus nacionales, ni a iniciar al efecto una controversia ante la jurisdicción internacional, cuando dichos nacionales hayan tenido expeditos los medios para acudir a los tribunales nacionales competentes del Estado respectivo”. EE.UU. —como era de prever— hizo expresa reserva a este artículo, del mismo modo que a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional, que representaba el principal elemento que

le daba fuerza al Pacto, ya que esto significaba someterse a un poder supranacional; poder que pretendía ostentar el gobierno de ese país.³⁵

B. Convenio Económico de Bogotá

El Convenio Económico de Bogotá, es otro de los instrumentos importantes adoptados en la Conferencia, pero con poco éxito.

³⁵ Serie sobre Tratados N° 16, op. cit., ps. 59-67. Se hicieron las siguientes reservas: Argentina: Hizo reservas a los artículos VII (relativo a la protección de los extranjeros); Capítulo 4°, artículos XXXI a XXXVII (sobre procedimiento judicial); Capítulos 5°, artículos XXXVIII a XLIX (sobre procedimientos en el arbitraje); y al Capítulo 6°, artículo 1 (sobre cumplimiento de las decisiones); a los que no adhiere. La justificación de estas reservas las basó en el principio de que el arbitraje y el procedimiento judicial cuentan, como instituciones con la adhesión de la Argentina, pero no puede aceptar la forma en que han reglamentado los procedimientos para la aplicación, ya que deberían establecerse sólo para controversias que se originen en el futuro y que no tengan relación con causas o hechos previos a la firma del Pacto de Bogotá. La ejecución compulsiva de las decisiones arbitrales y la limitación a los Estados a juzgar por sí mismos sobre asuntos pertenecientes a su jurisdicción interna (artículo V del Pacto) son contrarios a la tradición argentina, así como la protección a los extranjeros que en Argentina están amparados en igualdad de condiciones con los nacionales. Bolivia: Formuló reservas al artículo VI en consideración a que los procedimientos pacíficos también pueden aplicarse a las controversias sobre asuntos resueltos por arreglo entre las partes cuando dicho arreglo afecta intereses vitales de un Estado. Ecuador: También hace reservas al artículo VI y a toda disposición que se oponga o no esté en armonía con las que establece la Carta de la ONU, de la OEA o de la Constitución del Ecuador. Estados Unidos de América: 1) No se compromete en caso de conflicto, como parte agraviada, a someter a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), toda controversia que no esté dentro de la jurisdicción de la Corte. 2) El arbitraje de toda controversia dependerá de acuerdos especiales entre las partes interesadas. 3) La aceptación de la jurisdicción de la CIJ como obligatoria y sin acuerdo especial, estará determinada por toda limitación jurisdiccional o por otras limitaciones contenidas en la declaración depositada por Estados Unidos, según el artículo 36, párrafo 4 de los Estatutos de la Corte. 4) No acepta el artículo VII (relativo a protección diplomática y al agotamiento de recursos). Por su parte, Estados Unidos mantiene esas reglas de acuerdo con el Derecho Internacional. Paraguay: Supedita al previo acuerdo entre las partes el procedimiento arbitral específicamente convenido en Tratados actualmente vigentes, por toda cuestión no jurídica que afecte a su soberanía. Perú: Formuló reservas a los siguientes puntos: 1) A la segunda parte del artículo V, por considerar que la jurisdicción interna debe ser definida por cada Estado. 2) Al artículo XXXIII y a la correspondiente del artículo XXXIV, por considerar que los casos resueltos por arreglo entre las partes o regidos por acuerdos o Tratados vigentes, determinan la

En esta Conferencia se reconoce que las Repúblicas Americanas deben prestarse colaboración económica para la solución de sus problemas, estableciendo las bases de la cooperación técnica y financiera, inversiones privadas y desarrollo industrial y económico.

El órgano principal para la realización de la cooperación económica, es el Consejo Interamericano Económico y Social. En el artículo 6 del Convenio se establece que la cooperación económica estará condicionada para cada país participante por sus recursos, por los términos de sus propias leyes y por los compromisos contraídos mediante Convenios Internacionales.

Al tratarse el tema durante la Conferencia, se dejó constancia del repudio al uso de sanciones económicas por considerarse que con ellas se viola el principio de no intervención

Los países latinoamericanos estaban preocupados por su excesiva dependencia de la venta de materias primas y por los bajos precios de las mismas, por lo que reafirmaban en el párrafo segundo del artículo 3: "su resolución de que, como política general, se tome en cuenta la necesidad de compensar la disparidad que se aprecia frecuentemente entre los precios de los productos primarios y los de las manufacturas, estableciendo la necesaria equidad entre los mismos".

La delegación de EE.UU. hizo expresas reservas a estos artículos, mientras que los latinoamericanos lo hicieron respecto del artículo 25, de interés para EE.UU.

Las posiciones de los distintos países en la Conferencia, nos muestran el espíritu anti-intervencionista de los latinoamericanos (Colombia, Brasil, Venezuela y Argentina). La delegación de Cuba calificó a la *agresión económica* como el *último reducto del colonialismo*, en la esfera de las naciones soberanas.

EE.UU. estaba interesado en los acuerdos bilaterales (*política de fragmentación*) a través de sus propias agencias, mientras que los

exclusión de la aplicación de los procedimientos establecidos en el Pacto. 3) Al artículo XXXV, por considerar que antes del arbitraje y a solicitud de parte, puede proceder la reunión del Órgano de Consulta, según lo establecido en la Carta de la OEA. 4) Al artículo XLV, por considerar que el arbitraje sin intervención de parte, es contrapuesto a los principios constitucionales del Perú. Nicaragua: Deja constancia que ninguna disposición de este Pacto, podrá perjudicar la posición que el gobierno de Nicaragua tenga asumida sobre sentencia arbitral, cuya validez fuera impugnada de acuerdo con los principios del Derecho Internacional. Resulta interesante analizar a la luz del artículo 7 el caso de la United Fruit Co. y Guatemala.

latinoamericanos encontraron más afin a sus aspiraciones a la Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL).³⁶

102. Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)

Los países del istmo centroamericano fundaron una Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), cuya carta fundamental establece los siguientes órganos: 1) la Reunión de jefes de Estado, que constituye el órgano supremo de la organización; 2) la Conferencia de Ministros de Relaciones Exteriores, su órgano principal que sesiona ordinariamente una vez al año y en forma extraordinaria cuando se estime necesario; las decisiones de fondo se toman por unanimidad; 3) el Consejo Ejecutivo, su órgano permanente, con sede en San Salvador, integrado por los ministros de Relaciones Exteriores o sus representantes, dirige y coordina la política de la organización; 4) el Consejo Legislativo, compuesto por tres representantes de cada uno de los poderes legislativos de los Estados miembros es órgano asesor y de consulta legislativa y estudia las posibilidades de unificación; 5) la Corte de Justicia Centroamericana, integrada por los presidentes de los poderes judiciales de cada Estado miembro, tiene funciones de conocimiento en los conflictos de orden jurídico que surjan entre los Estados miembros y función consultiva, cuando así lo solicite la Conferencia de Ministros y el Consejo Ejecutivo; 6) el Consejo Económico Centroamericano, formado por los ministros de Economía, se ocupa de la planificación, coordinación y ejecución de la integración económica; 7) el Consejo Cultural y Educativo, compuesto por los ministros de Educación de los Estados partes, debe promover el intercambio cultural y científico e investigar el Estado de la educación, ciencia y cultura en la región, a fin de coordinar los esfuerzos para lograr la uniformidad de los sistemas educativos; 8) el Consejo de Defensa, integrado por los ministros de Defensa (o equivalentes) de las partes, los órganos de

³⁶ En 1959, EE.UU. estuvo de acuerdo con los Estados latinoamericanos, en constituir un *Banco Interamericano de Desarrollo* cuyo propósito declarado era "contribuir a acelerar el proceso de desarrollo económico, individual y colectivo de los países miembros". Hacia fines de 1959 se puso en funcionamiento, luego de haber logrado el 87% de los aportes de capital, previa ratificación de la Carta constitutiva. Sin embargo, debido a que el voto correspondiente a cada Estado se establecía de acuerdo con los aportes de capital, este Banco terminó siendo manejado por EE.UU., ya que tenía casi el 40% de los aportes.

consulta en materia de defensa regional y vela por la seguridad colectiva.

Desde el punto de vista económico, los Estados del istmo están agrupados en el Mercado Común Centroamericano. (Véase Sección XXXII). El conflicto entre San Salvador-Honduras debilitó estas dos organizaciones.

Nuevas tendencias en el marco interamericano

Hasta la década de los '80, el paradigma de relacionamiento hemisférico de EE.UU. era "*desarrollo y seguridad*". A partir de 1988 el gobierno norteamericano cambió su política hemisférica, basándola en el paradigma "*democracia y desarrollo*".

Hasta fines de los '70 EE.UU. decidió acerca de la definición de los conflictos en América Latina. A partir de la XVII Reunión de Consulta (1979), esto cambió, de manera tal que los países de la región comenzaron a establecer las pautas sobre las cuales debían resolverse los conflictos. Esto quedó en evidencia con la creación de Contadora en 1983, el Grupo de Apoyo en 1985, el Grupo de los 8 en 1986 y Esquipulas II en 1987.

Las problemáticas conflictivas en la década de los '80 recibieron un tratamiento distinto, no sólo por causa de la modificación de la actitud de los gobiernos de la región, sino también por los cambios internacionales globales, que favorecieron una mayor "flexibilización" en las relaciones internacionales.

En 1960, Cuba se vio sola frente a EE.UU., ya que la CEE no ayudó al nuevo gobierno, ni tampoco lo hizo ningún país de Europa Occidental en forma aislada. Lo propio ocurrió con los países latinoamericanos, que tenían suficientes problemas con EE.UU. como para agregar uno más, poniéndose en contra.

En 1979, Nicaragua fue ayudada tanto por los países de América Latina como por los de Europa Occidental. También la auxiliaron Canadá, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) que creó un Comité de Acción para el Desarrollo Centroamericano (CADESCA).

Hasta la década de los '80, EE.UU. intervino en la región, en forma directa, a través del envío de tropas (*marines*) o apoyando indirectamente los golpes de Estado en la región mediante la CIA u otro

organismo norteamericano (caso de la caída de Allende en Chile en 1973). También efectuó presiones indirectamente para obtener determinadas políticas de los gobiernos de la región (caso de la aplicación de las Enmiendas González o Hickenlooper por la nacionalización de la International Petroleum Co. por el gobierno peruano de Velasco Alvarado. El caso de la aplicación de la Enmienda Humphrey-Kennedy a la Argentina o Chile por problemas de derechos humanos durante los gobiernos militares). En la década de los '80, las intervenciones modificaron su perfil, manejándose fundamentalmente a través del sistema de "conflictos de baja intensidad (CBI)" (el caso del apoyo a la "contra" nicaragüense es un ejemplo) y las "fuerzas de desplazamiento rápido" (caso invasión a Grenada en 1983).

Durante el *gobierno de Reagan*, la política hemisférica se manejó en función del apoyo a los gobiernos autoritarios de derecha, bajo el lema de que los gobiernos "totalitarios" de izquierda eran irrecuperables, mientras que los gobiernos militares de corte autoritario eran una "transición" hacia la democracia. Este modelo fue cambiado, durante la segunda presidencia, por el de "apoyo a las democracias emergentes" fundamentalmente debido al temor de que tomen el poder, militares con tendencia "nacionalista", que perjudicaran los intereses norteamericanos —bastante debilitados— en la región. Además, las democracias emergentes podían ser "controladas" especialmente a través de la negociación de la deuda.

El *gobierno de Bush* se apartó progresivamente del apoyo militar a los "contra" nicaragüense, como resultado en alguna medida, de las nuevas tendencias internacionales planteadas en Reikiavik, procurando confinar la revolución sandinista a las fronteras de Nicaragua, usando la presión económica. El mismo esquema —aunque también usando la presión psicológica a través de maniobras militares— lo usó con Panamá por el problema con Noriega.

Bush se planteó como "*nueva hipótesis de conflicto regional*" el problema de la deuda; particularmente luego del "caracazo".

Los temas más importantes para el gobierno de Bush en la región fueron:

- 1) El fortalecimiento de la tendencia democrática; desde ya, bajo el esquema de la "democracia controlada".

- 2) El problema del narcotráfico. Este constituye una hipótesis de conflicto, que le permite en alguna medida continuar con su presencia militar en la región, en áreas en las que anteriormente no había Estado,

pero que geopolíticamente son importantes como Colombia y Bolivia.

3) El tercer tema, es el de la deuda externa, para lo que procura manejarse de acuerdo con el Plan Brady. Este Plan en realidad no resuelve nada, pero le permite mantener un control, a EE.UU. en el proceso de negociación, así como sobre las economías debilitadas de la región, que se esperan en el crédito norteamericano o en su voto favorable en los organismos multilaterales de pago (FMI-BM) a cambio de actitudes y políticas favorables.

Conclusiones: En los 80', salvo en el caso de la deuda externa, no existe un tema en el que América Latina tuviera un papel relevante en el mundo. Los logros regionales, tales como los acuerdos integrativos entre Argentina y Brasil, Contadora y el Grupo de Apoyo y el Grupo de los 8, no alcanzaron a tener fuerza propia como para respaldar a la región en un papel significativo en el sistema internacional, ni constituyen por sí, un proyecto regional de reinserción internacional que favorezcan una mayor autonomía y una participación más activa.

Cuba perdió fuerza debido a los acuerdos en la Cumbre de Reikiavik, ya que la búsqueda de solución pacífica de los conflictos internacionales por parte de las grandes potencias le quitó fuerza a la capacidad de "exportar la revolución" por parte del gobierno cubano, que se retiró de Angola y perdió el apoyo de la URSS en el conflicto centroamericano y también empezó a sentir la merma de la ayuda económica soviética.³⁷

En esa década tuvo lugar el Protocolo de Cartagena de Indias que introdujo reformas a la OEA (1995).

La década del noventa encontró una América Latina estabilizada en el orden político. La democracia se consolidó en la región y también se alcanzaron buenos índices de crecimiento económico.

Se formó el Mercosur como un polo de carácter integrativo al que van asociándose otros países del continente como Chile, Bolivia y los del Grupo Andino.

El Presidente norteamericano Bill Clinton profundiza y mejora la iniciativa para las Américas de Bush. La propuesta del ALCA (Asociación de Libre Comercio de las Américas) fue bien recepcionada en el orden continental.

³⁷ Fidel Castro admitió el Fin de la Asistencia Soviética, en Diario "El Cronista Comercial" de Buenos Aires, viernes 28 de julio de 1989, p. 14.

Los países del Mercosur fijaron una posición común frente al ALCA, para ser tenidos en cuenta como un bloque.

Como ya lo expusiera, en el Sistema Interamericano se profundizaron las reformas con los Protocolos de Washington (1992) y de Managua (1993).

Actualmente se redacta un texto unificado que contenga todas las modificaciones hechas hasta la fecha.

SECCIÓN XXIII

ORGANOS DEL DERECHO INTERNACIONAL. ADMINISTRACION INTERNACIONAL

103. Desdoblamiento funcional y superación del mismo. 104. Administración internacional directa: A. *Concepto*; B. *Funcionarios internacionales*; C. *Derecho interno de las organizaciones internacionales*. 105. Administración internacional indirecta: A. *Funcionamiento*; B. *Uniones administrativas y organismos especializados*; C. *Extensión*; D. *Organización*. 106. Conclusiones.

En esta sección el adelanto que se advierte en los últimos años es la desaparición del colonialismo, salvo situaciones como las de Malvinas

Esta es la causa por la que de hecho ha dejado de funcionar el Consejo de Administración Fiduciaria de la ONU.

La tarea de cooperación económica y social de la ONU dio origen a la creación de nuevos organismos especializados que hacen efectiva esta actividad de la institución. Entre las nuevas organizaciones encontramos la Organización Mundial de Comercio OMC, sucesora del GATT, que ha concentrado el poder de regulación del comercio mundial, como evidencia del fenómeno de la globalización.

103. Desdoblamiento funcional y superación parcial del mismo

Según hemos explicado oportunamente¹ el d.i. pertenece al tipo del derecho primitivo, que se caracteriza por la ausencia de órganos específicos y centralizados. Los propios Estados son los sujetos del d.i. y también sus órganos; he aquí el desdoblamiento funcional del Estado, ante el derecho internacional.

1. El Estado es co-órgano legislativo; el conjunto de Estados crea

¹ Véase N° 2 B.

el d.i. consuetudinario universal y convencional, y los conjuntos más reducidos de los Estados el derecho particular, regional y hasta bilateral.²

2. El Estado es también el co-órgano judicial. La solución normal de un litigio se realiza por la vía diplomática,³ o sea las negociaciones directas entre los gobiernos interesados quienes, de tal modo, constituyen conjuntamente una especie de tribunal rudimentario que fallan por unanimidad. Todas las otras formas de solución, con la intervención de los terceros, que sea solución jurisdiccional o no jurisdiccional, necesita el consentimiento expreso de los Estados interesados.

3. Por fin, en el Estado recae la función de órgano ejecutivo del d.i.: a) es el Estado interesado quien recurre a las sanciones que, como en todo derecho primitivo, tienen el carácter de autotutela;⁴ b) el Estado agredido ejerce el derecho de autodefensa (legítima defensa); c) por fin son los Estados los que tienen a su cargo la administración internacional. Como no hemos abordado este tema en nuestros capítulos anteriores, lo analizaremos en la siguiente sección.

Paulatinamente, con mucha lentitud y con modesta extensión, el d.i. está superando su primitivismo, creándose ciertos órganos centralizados y específicos, en parte colegiados, integrados por los propios Estados (pero ya de acuerdo a los convenios de tipo constitucional) e incluso individuales.⁵

1. Para la solución de los litigios, la organización universal y las regionales tienen la facultad de realizar la investigación y la mediación,⁶ que, bien entendido, no afectan en nada las competencias soberanas del Estado. La CIJ, denominada —con cierta pomposidad— órgano judicial de la ONU, no tiene jurisdicción coactiva,⁷ de modo que el Estado conserva su carácter de órgano jurisdiccional primario.

2. Existe cierto progreso en materia legislativa. Los convenios aceptados por la Organización Internacional de Aviación Civil (OACI),

² Véase Nº 10 A.

³ Véase Nº 107 A.

⁴ Véase Nº 2 A d.

⁵ Vivimos en la transición de la primera fase a la segunda, quedando la mayoría de las relaciones internacionales dentro del marco normativo de la primera (Puig, 1964, p. 13; Nº 2 B).

⁶ Véase Nº 2 A d y sección XXV.

⁷ Véase Nº 116.

entran en vigencia automáticamente sin ratificación, para todos los Estados miembros que, dentro de un plazo determinado, no elevan un rechazo motivado. En cierta medida son análogas las competencias de la Organización Internacional del Trabajo.

Sin embargo, es muy reducido el sector sustancial que cubre esta legislación internacional. Es una evidente exageración el mencionar en este contexto la competencia que tiene la Asamblea General de la ONU de aprobar por una mayoría de dos tercios (sin que sea necesario el consentimiento de todos los Estados interesados) la adopción de los *proyectos* de los convenios y la recomendación de los mismos a la *ratificación* por todos los Estados miembros.⁸ Son estos últimos los que deciden en última instancia, ya sea ratificando el respectivo convenio, ya sea rechazando la ratificación. E incluso resulta erróneo interpretar como una competencia legislativa la facultad que tienen los organismos especializados de regular sus asuntos internos.⁹

3. En materia ejecutiva, fracasó el audaz intento de 1945, de creación de un Consejo de Seguridad como un auténtico gobierno universal, con competencias formales de decisión (que faltaban a su prototipo, el Concierto Europeo) y con fuerza coactiva propia. Constituye cierto progreso la institución del Secretariado General, con competencias relativamente amplias y un aparato administrativo extenso, disciplinado y bien estructurado jurídicamente. Tan solo la administración internacional constituye un progreso evidentemente bien logrado de la organización mundial.

Norberto Consani, que se inspira en la doctrina francesa, hace una distinción entre Sociedad y Comunidad. La *Sociedad* es una agrupación por interés mientras que en la *Comunidad* se comparten valores y problemas colectivos (SIDA, droga, terrorismo, medio ambiente, derechos humanos). Hasta el presente sólo existe la Sociedad Internacional.¹⁰

Consani destaca que las competencias de los Organos Internacionales (OI) "son funcionales", es decir que cada OI tiene todas las competencias necesarias para ejercer su función.¹¹

⁸ Verdross, 1963, ps. 275-6.

⁹ *Ibídem*; además, con un enfoque mucho más analítico, Vellas, 1967, ps. 206-216.

¹⁰ Apuntes de clase de la Maestría en Relaciones Internacionales dictadas en el Instituto de Relaciones Internacionales de UNLP, 1997.

¹¹ Centro de Investigaciones del IRI dirigidos por él.

104. Administración internacional directa

A. Concepto

Esta materia puede conceptuarse jurídicamente de diversas maneras.

Para la doctrina francesa —notoria por su nivel en materia administrativa— nos encontramos ante los servicios públicos internacionales. Un servicio público internacional existe, según Georges Scelle,¹² cuando los gobernados y los funcionarios colaboran con el fin de satisfacer las necesidades de sociabilidad de la comunidad internacional.

En un sentido lato, el *servicio público internacional* resultaría del simple hecho de que los servicios públicos nacionales benefician a los extranjeros junto con los ciudadanos, lo que es, para Scelle, la aplicación del desdoblamiento funcional a la esfera administrativa. En forma más limitada se expresan en ciertos acuerdos que se establecen entre las administraciones nacionales, a fin de evitar la discontinuidad entre los distintos servicios públicos nacionales o, en materia judicial, en lo relativo a la extradición de las personas procesadas y a las comisiones rogatorias.¹³

Los servicios públicos internacionales, en su sentido estricto, se ubican dentro del amplio marco conceptual de la administración internacional, que abarca:¹⁴

1. Administración internacional directa:
 - A. Con órganos propios.
 - B. Sin órganos propios.
2. Organización internacional indirecta:
 - A. Uniones administrativas.
 - B. Organismos especializados creados por iniciativa de la ONU.

¹² Scelle, 1944, ps. 443 y sig.

¹³ En un sentido estrecho, el servicio público internacional es una creación institucional de distintos gobiernos, por medio de un tratado, con cierta autonomía en su funcionamiento, que dispone de agentes especializados, investidos de competencias determinadas por las respectivas normas convencionales. Son las llamadas uniones internacionales, los organismos especializados de la ONU y ciertas entidades con un grado inferior de autonomía.

¹⁴ Véase Verdross, 1963; ps. 484-499; incluye allí la administración supranacional, materia de una índole jurídica distinta.

C. Organismos internacionales creados por la decisión de la Asamblea General de la ONU.

D. Comisiones económico-técnicas regionales de la ONU.

3. Organizaciones económicas, creadas por la iniciativa de la ONU, para la producción de distintas materias primas.

4. Organizaciones no gubernamentales, reconocidas por la ONU como sus órganos consultivos no oficiales; que quedan al margen de la administración internacional.

La administración internacional directa puede tener sus órganos propios de dos clases:

• A) La secretaría de la ONU, los organismos especializados de la ONU y las organizaciones regionales. Todas estas instituciones y especialmente la primera, constituyen grandes cuerpos administrativos con una burocracia perfeccionada, jerarquizada. Las rige el derecho internacional de las organizaciones internacionales que aplican sus propios tribunales internos.

B) Administración directa de ciertos espacios, como la Comisión Europea¹⁵ del Danubio Marítimo (1856-1938); la Comisión de la SDN para el Territorio del Sarre;¹⁶ el Alto Comisionado de la SDN para el Dantzig (1920-1939);¹⁷ y el gobierno del territorio libre de Trieste.¹⁸

¹⁵ La Comisión Europea del Danubio fue creada por el Congreso de París en 1856 y liquidada por el tratado de Sinaia en 1938. Tenía facultad para promulgar reglamentos de navegación en el Danubio Marítimo (abajo de la ciudad de Braila) y realizar actos administrativos firmes respecto a los particulares.

¹⁶ En virtud del Tratado de Versalles, el territorio del Sarre vinculado administrativamente con Francia, pasó bajo la autoridad de la comisión de la SDN. De acuerdo al nombrado tratado (art. 46), se realizó allí en 1935 el plebiscito, que decidió la reincorporación del país a Alemania. Desde la terminación de la segunda guerra mundial, hasta 1957, este territorio se hallaba en una unión económica con Francia.

¹⁷ A fin de proporcionar a Polonia el acceso al mar, a través de la zona poblada por alemanes, el Tratado de Versalles (art. 100 y siguientes) creó la Ciudad Libre de Danzig.

¹⁸ El tratado de paz con Italia (firmado en París en 1947) creó el Territorio Libre de Trieste, proporcionándole estructura constitucional ("Estatuto"). Provisoriamente el territorio se hallaba bajo la administración de los EE.UU. y Gran Bretaña (zona A) y de Yugoslavia (zona B). Ante la imposibilidad de un acuerdo acerca de la designación del primer gobernador, la zona A fue entregada a Italia y la zona B reconocida como parte del territorio yugoslavo, entre 1943 y 1954.

B. Funcionarios internacionales

En la ONU, es el Secretario General, quien de acuerdo con las reglas establecidas por la asamblea, nombra el personal de la secretaría.

Desde 1949 funciona el tribunal administrativo, cuyas decisiones se toman por mayoría y son inapelables. Se elevan a él las reclamaciones de los funcionarios del secretariado, víctimas del incumplimiento de sus contratos de trabajo o de sus condiciones de empleo. Las normas de procedimientos fueron fijadas por el reglamento interno de 1950. El tribunal resuelve el contencioso de anulación y anula decisiones contra las que se ha reclamado y puede condenar a la ONU a la ejecución de sus obligaciones para con el personal.

En 1954 la CIJ dictaminó que el tribunal administrativo no era un órgano consultivo ni un simple comité subordinado a la AG, sino un órgano judicial independiente que, dentro de sus competencias, pronuncia resoluciones definitivas con la autoridad de cosa juzgada.

El Secretario General, los Secretarios Generales Adjuntos y los Funcionarios de grados superiores de la ONU, gozan de cierto número de inmunidades que están precisadas en parte por diversos instrumentos jurídicos internacionales y parcialmente por el derecho interno norteamericano. El Secretario General y los secretarios generales adjuntos gozan de las inmunidades diplomáticas tradicionales, y los demás altos funcionarios de la secretaría sólo de la inmunidad de jurisdicción para los actos que hayan realizado en el ejercicio de sus funciones, y de inmunidad fiscal.

De acuerdo al art. 139 de la carta de la OEA, esta organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Estados miembros, de la capacidad jurídica, privilegios e inmunidades indispensables para el ejercicio de sus tareas. Y en el art. 140 se estipula que gozarán de privilegios e inmunidades diplomáticas los representantes de los Estados miembros en los órganos de la organización, el personal de las representaciones, el Secretario General y el Secretario General Adjunto.

C. Derecho interno de las organizaciones internacionales

En el orden internacional existen organizaciones tales como la ONU, con alcance espacial mundial y tareas universales, con una serie de organismos especializados, cuyo alcance espacial es también mun-

dial, pero que cumple tareas estrictamente limitadas. También hay organizaciones regionales, que en restringidos espacios ejercen una actividad de distinta amplitud, sin una estricta limitación sustancial, por lo menos a priori. La ejecución de las mencionadas tareas necesita un aparato administrativo, de variable tamaño, desde la inmensa secretaría general de la OEA (además del importante rascacielos en Nueva York, posee numerosas dependencias exteriores), hasta la rudimentaria secretaría de la Organización de Unidad Africana.

La relación de la organización con su personal necesita normas jurídicas de orden laboral y disciplinario, así como su funcionamiento necesita otras normas, de naturaleza administrativa, procesal, etc. ¿A qué orden jurídico pertenecen estas normas? No corresponden al derecho del Estado, en cuyo territorio tiene su sede la organización, porque ella goza de inmunidad. Son normas creadas por un organismo internacional, tienen como fundamento un convenio constitutivo, por lo tanto son internacionales en cuanto a su fuente. Pero no tienen nada que ver con el d.i. en sentido propio, tal como está expuesto en la presente obra.¹⁹ Sus destinatarios no son los Estados ni otros sujetos del d.i. Por su sustancia se asimila al derecho laboral, disciplinario, administrativo o procesal de distintos Estados. Se lo llama: el derecho interno de una organización internacional.²⁰

105. Administración internacional indirecta

A. Funcionamiento

En la mayoría de los casos, la administración internacional actúa de la siguiente manera: 1) Una unión internacional o un organismo especializado dicta las normas de funcionamiento del respectivo servicio público; 2) Las administraciones competentes de distintos Estados las ejecutan; 3) y la unión o el organismo supervisa la ejecución.²¹

¹⁹ En realidad existe cierta infiltración del derecho interno de las organizaciones internacionales en el d.i., según demuestran investigadores especializados en esta materia (como Vellas, 1967, ps. 207-216).

²⁰ C. W. Jenks denomina *Derecho Administrativo Internacional* el que "rige las relaciones jurídicas internas de las organizaciones internacionales" (*The proper law of international organizations*, 1962). Por supuesto, no debe confundirse con el conjunto de normas de la administración internacional.

²¹ Por ejemplo, el servicio meteorológico nacional no puede funcionar aisladamente, sino como la dependencia de un servicio público internacional. Nuestro

La administración internacional indirecta, está a cargo de las uniones administrativas y de los organismos especializados de la ONU; cabe agregar que dos uniones, la postal y la de telecomunicaciones creadas en el siglo pasado, aceptaron el *status* de organismos especializados, después de la fundación de la ONU.

Los organismos especializados son mucho más sistemáticos, funcionales y recientes: fueron creados por la Carta de la ONU, aunque tienen antecedente en la SDN.

El artículo 57 de la Carta incorpora a la ONU los organismos especializados creados convencionalmente, con extensas atribuciones en las respectivas esferas. De este modo, la ONU absorbió todos los aspectos del ámbito internacional.²²

servicio meteorológico puede pronosticar un calor húmedo únicamente por haber recibido del servicio afín brasileño la noticia de que masas de aire se están desplazando hacia el sur y, a la inversa, el servicio brasileño, anticipa tiempo seco y fresco, porque de los observatorios argentinos de la Antártida le informaron que los vientos soplan allí hacia el norte. Tanto menos puede trabajar por su propia cuenta el servicio meteorológico de Luxemburgo o de Kuwait.

Pero para que funcione esta rama de la administración internacional, no es preciso que la Organización Internacional de Meteorología tome a su cargo la conducción de todas las estaciones meteorológicas del mundo. Los respectivos Estados son quienes las dirigen y la Organización se limita a establecer las formas de recolección e intercambio de datos, a supervisar el cumplimiento de estas normas por los distintos servicios meteorológicos nacionales y a solucionar los eventuales litigios entre ellos. Véase Sorensen, 1968, ps. 661-2. La organización fue fundada, por el tratado de 1951, y tiene su sede en Ginebra. El Congreso Meteorológico Mundial se reúne por lo menos cada 4 años. La tarea de la Organización es facilitar la colaboración de los Estados en la fundación de estaciones meteorológicas; canje de informes; estandarización de las observaciones meteorológicas y de la estadística, adaptación de la meteorología a la aviación, navegación, agricultura, etc., y fomento de la labor científica y práctica en meteorología. (Kozhevnikov, 1964, ps. 458-9).

De modo análogo funciona la administración internacional en otras ramas; como la Unión Postal Universal, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Unión para los Transportes Ferroviarios Internacionales, la Organización Internacional de la Aviación Civil, etc. Es más compleja, cuando no tiene como propósito la mera continuidad entre los respectivos servicios públicos nacionales, sino la obligación de incorporar a las legislaciones nacionales ciertas normas: por ejemplo leyes que perfeccionen la legislación laboral, de acuerdo a los convenios internacionales, celebrados bajo los auspicios de la Organización Internacional de Trabajo. Véase Sorensen, ps. 604-610; Fenwick, 1965, ps. 246-9; Vellas, 1967, ps. 341-359; Verdross, 1961, ps. 435-8; Kozhevnikov, 1964, ps. 452-3.

²² Para que las organizaciones de esta índole obtengan la condición de organismos especializados, deben tener una competencia propia, carácter intergubernamental y amplias atribuciones internacionales. El Consejo Económico y Social está facultado

Las instituciones especializadas tienen amplias inmunidades fundadas en "acuerdos de residencia" concertados con el Estado en cuyo territorio se halla su sede o la de una de sus oficinas regionales.

La estructura de los organismos especializados se asemeja a la de los órganos especializados de la SDN: Conferencia, Comité Permanente y Secretaría.

B. Uniones administrativas y organismos especializados

Las principales *uniones administrativas* son las siguientes:

1. La Unión Postal Universal (Convenio de Berna del 8 de octubre de 1874). Hoy es un organismo especializado de la ONU.

2. La Unión Internacional de Pesas y Medidas (Convenio de París, 10 de mayo de 1875). Su órgano permanente es el Buró Internacional de Pesas y Medidas, con sede en St.-Cloud, cerca de París.

3. La Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (Convenio de París, 20 de marzo de 1883). Oficina con sede en Berna.

4. La Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Literaria y Artística (Convenio de Berna, 9 de septiembre de 1886). Oficina con sede en Berna.

5. La Unión Internacional para la Publicidad de las tarifas aduaneras (Acuerdo de Bruselas, 5 de julio de 1890). Oficina en Bruselas.

6. La Unión para los Transportes Ferroviarios Internacionales (Convenio de Berna, 14 de octubre de 1890). Oficina en Berna.

7. La Unión para la creación de un Instituto Hidrográfico (Tratado de 30 de junio de 1919). Oficina en Mónaco desde 1921.

para concluir acuerdos que con la aprobación posterior de la AG, fijan las condiciones en que la respectiva institución se vincule con la ONU: los organismos especializados quedan fuera de la ONU.

Esta autonomía se manifiesta: a) en su composición (puede comprender Estados que no sean miembros de la ONU); b) en la afección de su sede (distinta a la de la ONU); c) en la facultad de pedir dictámenes consultivos a la CIJ, previa autorización de la Asamblea General de la ONU. Pero en la esfera administrativa y presupuestaria, el Consejo Económico y Social puede controlar a las instituciones especializadas, y la Asamblea General examina sus presupuestos y aprueba los acuerdos de orden financiero que ellos hayan concluido.

8. La Unión para la creación de un Instituto de Investigación del Frío (Tratado de 21 de junio de 1920). Oficina en París.

9. La Unión para la creación de un Instituto Internacional para la Lucha contra las Epizootias (Tratado de París, 25 de enero de 1924). Oficina en París.

10. La Unión para la creación de un Instituto Internacional del Vino (Tratado de París, 29 de noviembre de 1924). Oficina en París.

11. La Unión Internacional de Socorro (Convenio de Ginebra, 12 de julio de 1927).

12. La Unión Internacional de las Exposiciones (Convenio de París, 22 de noviembre de 1928).

13. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (Convenio de 9 de diciembre de 1932), con oficina en Berna. Fue fundada como Unión Telegráfica Internacional mediante el Tratado de París, 17 de mayo de 1865; ahora tiene el *status* de un organismo especializado de la ONU.

14. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Tratado de Roma, 15 de mayo de 1940).

15. La Unión Internacional para la protección de la naturaleza, con oficina en Bruselas. (Fundada en 1948, se fusionó con la Oficina Internacional para Protección de la Naturaleza).

Si clasificáramos los *organismos especializados* de la ONU según sus respectivas tareas, podremos hacernos una idea acerca de la extensión total del campo cubierto por la administración internacional indirecta:²³

a) Progreso social:

1. Organización Internacional de Trabajo (OIT);
2. Organización Mundial de Salud (OMS);
3. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura (UNESCO en iniciales inglesas);
4. Alto Comisionado para los Refugiados;
5. Fondo Internacional de Ayuda a la Infancia (UNICEF);
6. Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigación (UNITAR).

²³ Vellas, 1967, ps. 384-412. Una clasificación distinta impone Sorensen (1968, ps. 610-667): 1. Economía y finanzas; 2. Transporte y comunicación; 3. Trabajo, bienestar social y salud; 4. Cultura, ciencia y tecnología; y 5. Asistencia al desarrollo.

b) Transportes y comunicaciones:

1. Unión Postal Universal (UPU);
2. Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT);
3. Organización de Aviación Civil Internacional (OACI);
4. Organización Intergubernamental Consultiva Marítima (IMCO),²⁴ Hoy Organización Marítima Internacional (OMI).

c) Economía y Finanzas:

1. Organización de Alimentación y Agricultura (FAO);
2. Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA);
3. Conferencia de la ONU para Comercio y Desarrollo (UNCTAD);
4. Fondo Monetario Internacional (FMI);
5. Banco Mundial:
 - a) Banco Internacional para Reconstrucción y Fomento (BIRF);
 - b) Corporación Financiera Internacional (CFI);
 - c) Asociación Internacional de Fomento (AIF);
 - d) Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (OMGI);
6. Asociación Internacional para el Desarrollo (AID);
7. Organización de la ONU para el Desarrollo Industrial (ONUDI);
8. Organización Meteorológica Mundial (OMM).
9. Programas de las Naciones Unidas para el desarrollo (PNUD);
10. Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), hoy Organización Mundial del Comercio (OMC).

d) Otros:

1. Programa de las NU para el Medio Ambiente (PNUMA);
2. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);
3. Fondo Especial de las Naciones Unidas y Consejo Mundial de Alimentación.

²⁴ En la conferencia marítima realizada en Ginebra en 1957, fue fundada la Organización Intergubernamental Consultiva Marítima. Su estructura corresponde al esquema usual de los organismos especializados de la ONU; sin embargo, además de la Asamblea, el Consejo y la Secretaría, tiene un comité de seguridad marítima; entró en vigor recién en 1958.

C. Extensión

El funcionamiento de casi todas estas ramas de la administración internacional indirecta está expuesta en los respectivos capítulos de la presente obra.

Nos limitaremos a trazar brevemente los objetivos de la administración internacional indirecta en el campo cultural y el sanitario, como también en un campo en el cual la misma se realiza sin ningún organismo especializado: el de la administración judicial.

La cooperación internacional en el orden *intelectual* se inauguró en el plano bilateral. Alcanzó la multilateralización al crearse la UNESCO en la Conferencia de Londres de 1945.

Por un lado la UNESCO asiste en las campañas de alfabetización a los países culturalmente atrasados. Por otro lado realiza la cooperación intelectual, proporcionando asesoramiento, asistencia técnica, comunicación de bibliografías²⁵ y colaborando a través de las comisiones nacionales de la UNESCO. Por medio de éstas, los gobiernos designan a sus representantes, a la Conferencia General, que se reúne cada dos años. La UNESCO se ocupa de salvaguardar el patrimonio cultural de la Humanidad y además fomenta la dimensión cultural del desarrollo preservando las identidades y las tradiciones.

Las obligaciones legales que impone la UNESCO son relativamente pocas. La Conferencia General adopta textos de convenios, que los Estados miembros deben someter a ratificación; la técnica es semejante a la empleada por la OIT, aunque menos desarrollada. Desde 1962, actúa en la UNESCO una Comisión de Conciliación y Buenos Oficios que soluciona los litigios que pueden surgir en la aplicación e interpretación de los convenios.²⁶

²⁵ En esta materia sirve como una especie de *clearing-house* internacional.

²⁶ Hoy en día está incluida dentro de las actividades de la UNESCO, una tarea que fue iniciada con mucha anterioridad a la fundación de esta Organización en las uniones administrativas. En efecto, en 1886 fue firmado, en Berna, el convenio que fundó la Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Literaria y Artística; la revisó el Convenio de Bruselas de 1948. El objeto de protección son las obras científicas, literarias y artísticas, sea cual fuera su modo de expresión. El autor, súbdito de uno de los países contratantes, goza en todos los demás países de iguales derechos a los nacionales, sin que sea necesario cumplir con ninguna formalidad. El autor —como asimismo sus sucesores, hasta 50 años de su fallecimiento— tiene el derecho exclusivo de publicar sus obras, autorizar su traducción, emisión por radio, televisión, etc., adaptación cinematográfica, reproducción en discos, etc. Desde la

La colaboración internacional en materia *sanitaria* comenzó en el siglo XIX; en 1902 fue fundada la Oficina Panamericana de la Salud, y en 1907 la Internacional, en París. La OMS fue fundada en 1946, y en 1948 fue reconocida como un organismo especializado. Los Estados deben hacerse representar en la Asamblea General por especialistas. La Asamblea tiene competencias legislativas, pero las ejerce poco, la colaboración es más bien voluntaria, sin obligaciones jurídicas. Trabaja sobre todo de modo descentralizado, por medio de instituciones regionales, a las cuales pertenece ahora también la Organización Panamericana de Salud.

Desde 1912, una serie de convenios combate el tráfico internacional de drogas. En 1925 fue fundada la Oficina Central Permanente del Opio, y en 1961 la Oficina Internacional de Control de Narcóticos, cuyos once miembros son nombrados por el Consejo Económico y Social de la ONU y cuya trascendencia crece últimamente ante el auge de la toxicomanía juvenil.

La administración de *justicia* necesita con frecuencia la colaboración internacional, que se presenta en distintos términos en materia penal y en los demás fueros.

Estos aspectos de la colaboración internacional pueden advertirse claramente en el orden penal.

Por un lado, la colaboración en materia legislativa. Como ciertos delitos se operan en gran medida en el plano internacional,²⁷ pueden combatirse eficazmente tan sólo por medio de una colaboración entre los Estados, se comprometen a completar sus códigos penales y a coordinar su actividad en contra de la falsificación de monedas, de la difusión de la pornografía, del comercio de estupefacientes y de personas humanas. Las nuevas figuras delictivas que se crean por vía convencional, son incorporadas a los respectivos códigos penales. Al-

celebración, bajo los auspicios de la UNESCO, de la Convención Universal de *Copyright* en 1952, no es preciso registrarla en los países donde rige el *Copyright*. Hasta la celebración de esta convención, no podían entrar a la unión EE.UU. y algunos Estados latinoamericanos (Sorensen, 1968, p. 665). Es análogo el régimen de protección de la propiedad industrial. La respectiva Unión Administrativa fue fundada por el Convenio firmado en París en 1883, revisado por el Convenio de Lisboa en 1958. Esta unión protege contra la competencia desleal, contraria a la práctica honesta en materia industrial y comercial.

²⁷ Véase N° 60.

gunas pueden ser creadas directamente por el propio d.i.: como los delitos internacionales, o los de lesa humanidad.²⁸

Por otro lado, la cooperación operativa se realiza en el plano policial y el judicial. Cuando la policía establece el paradero de una persona condenada, procesada o sólo sospechada de haber cometido un delito que ha logrado evadirse al extranjero, el respectivo Estado pide por vía diplomática, su extradición.²⁹ El Estado requerido tiene la obligación de detener la respectiva persona, antes de proceder al estudio del pedido lo que, en la mayoría de los casos, está a cargo del poder judicial. Si lo rechaza, el detenido recupera la libertad inmediatamente; si decide la extradición, es el poder ejecutivo —la policía— quien la lleva a cabo. INTERPOL realiza la colaboración entre las policías nacionales.

No existe ninguna obligación general, basada en el d.i. consuetudinario, de realizar la extradición, sino que este deber resulta únicamente del derecho convencional. Dentro de algunas comunidades regionales existen convenios multilaterales: en América el de 1933 (Convenio de Montevideo); entre los Estados árabes, el de 1952; en Europa Occidental, el de 1957. Los demás tratados de extradición son bilaterales.³⁰

A pesar de que las diferencias entre estos tratados son grandes, pueden extraerse de ellos ciertas normas comunes procesales y sustanciales. Se extradita al súbdito del Estado que requiere la extradición o de un tercer Estado. No se entrega al propio súbdito según un principio arraigado en el continente europeo, pero admite tal extradición la tradición británica, que sigue también EE.UU.³¹ De acuerdo al principio de doble criminalidad, el delito imputado debe figurar en los códigos penales de los dos Estados; los tratados enumeran los delitos extraditales taxativamente, dejando de lado los delitos menores. Una figura delictiva inédita figura en el tratado de extradición que la Argentina firmó el 21-1-1972 con EE.UU.: “la fabricación y el suminis-

²⁸ Véase Verdross, op. cit., 1961, ps. 467-8.

²⁹ Un procedimiento análogo se practica entre los Estados miembros de un Estado federal en EE.UU.

³⁰ De acuerdo a la convención Europea de Extradición, “las partes contratantes se comprometen a extraditar, una a otra, ... todas las personas, procesadas por algún delito por las autoridades competentes de la parte requirente o exigidas por estas autoridades a fin de ejecutar la sentencia u orden de detención”. (Oda, en Sorensen, 1968, p. 519).

³¹ De acuerdo al tratado de extradición estadounidense-británico, cada parte puede extraditar a su súbdito pero no está obligada.

tro ilegítimo de aparatos para liberar la energía nuclear”.

Para conceder la extradición, no es preciso verificar la comisión de un delito, sino que basta con comprobar que el supuesto delincuente es extraditable. Puede ser juzgado sólo por el delito que figura en el pedido de extradición. En otro contexto consideraremos el problema de extradición de los delincuentes políticos.³²

D. Organización

1) En la organización interna de las *uniones administrativas* podía distinguirse una serie de modalidades. Por un lado la llamada “unión dependiente”, sin una auténtica administración propia.³³ Otras uniones crearon sus propias oficinas, cuya tarea principal es, por lo general, la documentación (recolección e intercambio de datos, estadísticas) y en algunos casos la investigación.

Además la unión tiene, por lo general, dos órganos no permanentes: la Conferencia de los Estados Miembros y el Consejo de Administración.

2) Entre los *organismos especializados* de la ONU pueden distinguirse algunas categorías:

1. Dos organismos, la UPU y la UIT, fueron fundados con mucha anterioridad a la ONU, en la segunda mitad del siglo pasado, como uniones administrativas, también la OIT remonta a la época de la SDN.

2. En su mayoría, los organismos especializados fueron creados por iniciativa de la ONU, con quien están vinculadas por convenios, pero como entidades completamente autónomas.

3. Algunos organismos como UNICEF y UNIDO fueron creados en virtud de una decisión de la Asamblea General y siguen integrados dentro de la estructura de la organización mundial

La estructura del organismo especializado comprende tres órganos:

³² Véase N° 80 D.

³³ La conferencia general de la OIT abarca, para cada uno de los Estados miembros, a dos representantes gubernamentales, un representante de los asalariados y otro patronal, designados ambos por el gobierno respectivo. En esta obra hemos mencionado brevemente el funcionamiento de la Organización Meteorológica Internacional y pasamos por alto los demás organismos especializados con tareas económico-financieras, porque la exposición de las mismas necesitaría demasiado espacio para exposiciones económicas.

1) la Asamblea General (Consejo General, Conferencia General) compuesta de todos los Estados miembros;³⁴ 2) al Consejo Ejecutivo o Consejo de Administración. 3) la Secretaría, cuyo personal superior tiene el *status* de funcionarios internacionales.

Dentro del Consejo Económico y Social de la ONU han sido creados, como órganos auxiliares, una serie de comisiones, de una doble índole: unos con un alcance sustancial (por ejemplo la Comisión de Derechos Humanos o de Derechos de la Mujer) y otros con alcance territorial: las comisiones económicas para América latina (véase N° 98), Europa, Africa y Asia con Extremo Oriente.

Cada una de estas comisiones económicas tiene su propia sede (por ejemplo, la Comisión Económica para América latina, CEPAL en Santiago de Chile), con su propia secretaría, con personal compuesto de funcionarios internacionales, entre ellos economistas de relieve. Los Estados que integran la respectiva región, se reúnen en asambleas plenarias periódicas. De simples órganos consultivos del Consejo Económico y Social, las comisiones económicas se desarrollaron como entidades prácticamente autónomas de la ONU, y no sólo del Consejo Económico y Social, que se limita a solventar sus gastos.

106. Conclusiones

Según Pierre Vellas,³⁵ la función administrativa se presta al progreso del d.i. más que la legislativa, jurisdiccional o ejecutiva en un sentido limitado. Por un lado, la integración en esta materia no despierta reacciones tan agudas en nombre de la soberanía nacional como, por ejemplo, la sumisión a priori de todos los litigios que pueden surgir en el porvenir, a la jurisdicción de la CIJ; o investir a los órganos de la ONU de auténticas competencias legislativas o ejecutivas, especialmente si las decisiones pudiesen tomarse por mayoría de votos. El Estado no está dispuesto a renunciar a la decisión soberana, en última instancia, en los problemas que pueden afectar sus intereses vitales.³⁶

³⁴ Vellas las examina en el contexto de las organizaciones regionales. (1967, ps. 414-436).

³⁵ Vellas, 1967, ps. 35-39, 352-5.

³⁶ Werner Goldschmidt explica cómo los intereses vitales frenan el progreso del d.i.. 1955, ps. 87-107.

Por otro lado, la administración internacional se funda en un interés general evidente que es la solidaridad, según el pensamiento de Georges Scelle.

Esto nos explica por qué recién en 1919 fue creado la CPJI, y en 1945 se creó el CS, pese a que ya en 1865 se había constituido la Unión Telegráfica Internacional. Porque en el orden internacional, el derecho administrativo se desarrolla antes que el derecho constitucional, según comprobó Scelle.

En los últimos años se han creado numerosas oficinas, comisiones y/u organismos destinados a fomentar y hacer efectiva la cooperación entre las naciones así como el progreso del derecho internacional.³⁷

La UNCTAD ya ha ejecutado numerosos proyectos regionales e interregionales, en materia de intercambio tecnológico, desde su creación.³⁸

La ONUDI (Organización de Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial), a su vez, se abocó al examen de la cooperación entre los países en desarrollo; la aplicación de tecnologías adecuadas a los problemas de los países en desarrollo: empleo, capacitación del personal; el desarrollo de sectores importantes de la industria tales como el hierro, el acero etc.³⁹

³⁷ Merece destacarse la labor desplegada por el (UNITAR) Instituto de las Naciones Unidas para la Enseñanza y la Investigación en materia de publicaciones así como en la realización de seminarios y cursos en materias que son relevantes para los objetivos de la ONU. También hay que señalar la creación de la Universidad de las Naciones Unidas, cuya carta constitutiva fue adoptada por la AG, en 1973, destinándose como sede a Tokio (Resolución 3081. XXVIII).

³⁸ La Conferencia de la ONU sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) celebra reuniones periódicas, a fin de concertar una serie de activas consultas intergubernamentales en relación con el acceso a los mercados y la política de precios de los siguientes productos básicos: tungsteno, arroz, frutas cítricas, yute, semillas oleaginosas, aceites y grasas, cueros, pieles, algodón, minerales de manganeso, fosfato, fibras duras y bananas. En noviembre de 1977 logró concluir un nuevo Acuerdo Internacional de Azúcar que entró en vigencia en enero de 1978. En 1977 se constituyó el grupo intergubernamental de expertos para la redacción de un código de conducta sobre la transferencia de tecnología. Otros temas de crucial importancia para los países en desarrollo es el de los transportes (tierra, aire, agua), y el relacionado con la alimentación, respecto a lo cual organizó, conjuntamente con la FAO, la Conferencia Mundial de Alimentos, celebrado en Roma en noviembre de 1974.

³⁹ La 2ª Conferencia General de la ONUDI, se celebró en Lima, entre el 12 y el 26 de marzo de 1975, de conformidad con la resolución 3087 (XXVIII) de la AG,

La OMC (Organización Mundial de Comercio) sucesora del GATT, en 1985 ha desplegado una intensa actividad en materia de liberalización del comercio mundial.

El FMI (Fondo Monetario Internacional) se encuentra en vías de modificación ante la ineficacia demostrada frente a la crisis bursátil generada en Asia (1998).

Administración Internacional - Organizaciones No Gubernamentales (ONG)

1) *Concepto.* Las ONG's son instituciones, creadas mediante la iniciativa privada, que agrupan a personas físicas o jurídicas públicas o privadas de distintas nacionalidades, cuya constitución excluye todo acuerdo gubernamental o intergubernamental y que, sin perseguir fines lucrativos, representan a una porción considerable de las personas agrupadas en torno de determinada actividad con el propósito de fomentarla e impulsar nuevos proyectos en beneficio del área de la cual se encargan, tendiendo incluso a corregir e influir en la acción de los Estados y organizaciones intergubernamentales en los distintos sectores.

Una ONG es de carácter internacional cuando despliega sus actividades mas allá de la frontera de un determinado Estado y se denomina ONG's nacionales a aquellas cuya actividad se circunscribe al territorio de un solo Estado. Dentro de las ONG's internacionales se encuentran las de carácter general y las de carácter regional.

2) *Las ONG's y el orden interno.* Una ONG es un sujeto de derecho interno. No hay normas de carácter internacional que obliguen a los Estados a adoptar una regulación determinada al respecto. Así encontramos Estados como Francia y Bélgica que le asignan un status especial o bien regulan las relación entre las ONG's y el gobierno. Otros

del 6-12-73. Dos de los documentos más importantes elaborados por la ONUDI, en los últimos cinco años, son: La "declaración sobre el establecimiento de acción correspondiente", resoluciones 3101-SVI y 3203-SVI, del 1º-5-74. Mientras tanto, junto con el PNUD (Programa de la ONU para el Desarrollo) elaborado en la situación de emergencia de 29 países más subdesarrollados.

También cabe destacar los programas de cooperación técnica que ha venido realizando, con los países menos adelantados de África y el Medio Oriente; así como los programas de tecnología industrial.

Estados en cambio, como la Argentina no receptan ningún sistema especial y por ende son consideradas como simples asociaciones de derecho interno. El Estado que modifique su regulación especial concerniente a las ONG's no incurre en responsabilidad internacional alguna.

En la mayoría de los casos las ONG's están mejor preparadas que los organismos del Estado para aportar soluciones a temas específicos, por ejemplo, medio ambiente, economía, derechos humanos, religión, política, etc. Por ello, independientemente de la regulación que posea el Estado, las consultas con este tipo de organizaciones se realizan frecuentemente.

3) *Las ONG's y el orden internacional.* Por el art. 71 de la Carta de las Naciones Unidas (NU), el Consejo Económico y Social (ECOSOC) es el órgano de NU facultado para celebrar consultas con las ONG's, y por el art. 13 inc. 2 de la Carta, estas mismas facultades se extienden a la Asamblea General. El art. 71 insta la posibilidad de que el sector asociativo privado colabore con la organización de las NU en la promoción de sus propósitos y principios. Al realizarse, en principio, sobre cuestiones de la competencia del ECOSOC quedan excluidas las cuestiones políticas reservadas a los Estados y otros organismos de NU.

Las ONG's que aspiren a acceder al carácter consultivo deben reunir ciertos requisitos que se encuentran en la resolución 1296.

Esta resolución permite a las ONG's designar representantes como observadores a las sesiones públicas del ECOSOC, presentar por escrito exposiciones sobre la labor del Consejo en asuntos de su competencia, como también participar en las reuniones de las comisiones y organizaciones auxiliares.

Conforme el art. 62 párrafo 4 de la Carta de NU, el ECOSOC puede invitar a las ONG's a las conferencias por el organizadas, gozando en su seno de las mismas atribuciones que tienen en sus reuniones.

La admisión de una ONG como organización de carácter consultivo reposa sobre dos principios:

—En primer término, corresponde a las ONG's postular su propia candidatura y,

—En segundo término la aceptación de esa candidatura corresponde a la apreciación discrecional del ECOSOC, previa institución hecha por un comité independiente del Consejo, encargado de las relaciones entre este y las ONG's.

El ECOSOC puede suspender o retirar el status otorgado a una ONG cuando estas incurran en ciertas faltas, como por ejemplo recibir

importantes aportes de un Estado sin explicitar los motivos al Comité, o utilizar el status consultivo en provecho propio sin cooperar con las NU.

El ECOSOC ha facilitado el acceso de las ONG's al trabajo de sus comisiones regionales (correspondientes a cada uno de los continentes), sus comisiones especiales (como las de la Mujer, la del Menor o la del Narcotráfico) y sus organismos subsidiarios (como el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); y el campo de consulta establecido por la resolución 1296 continúa ampliándose en la medida que la Asamblea General las incluye en sus propias actividades, como por ejemplo en la Conferencia de Medio Ambiente y Desarrollo (UNCED).

Muchos Estados se opusieron a la participación de las ONG's en la negociaciones de las distintas conferencias, alegando que se trataba de cuestiones políticas reservadas exclusivamente a la soberanía de los Estados.

Un criterio de solución de este tipo de conflicto ha sido el adoptado por UNCED 92 (Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro, Brasil, 1992) al organizar una conferencia paralela a la de los jefes de Estado, donde las ONG's pudieron exponer sus distintos puntos de vista en cuestiones políticas. Estas conclusiones no tienen carácter vinculante para la Conferencia de los Jefes de Estado. Las facultades otorgadas a las ONG's en el ámbito internacional operan como indicador del desarrollo que ha alcanzado la cooperación entre estas y las NU.

CAPÍTULO VI

CONTROVERSIAS

- SECCIÓN XXIV:** Solución pacífica de los litigios internacionales
- SECCIÓN XXV:** Sanciones internacionales
- SECCIÓN XXVI:** Legítima defensa y asistencia
- SECCIÓN XXVII:** Guerra
- SECCIÓN XXVIII:** Normas que rigen las hostilidades
- SECCIÓN XXIX:** Neutralidad
- SECCIÓN XXX:** Luchas civiles

SECCIÓN XXIV

SOLUCION PACIFICA POR LOS LITIGIOS INTERNACIONALES

107. Los litigios y los medios de solución: clasificación. 108. Métodos de soluciones diplomáticas: A. *Sociedad internacional no organizada*; B. *Sociedad internacional organizada*. 109. Métodos de soluciones jurisdiccionales: A. *Arbitraje*; B. *Corte Internacional de Justicia*; C. *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar*; D. *El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*; E. *El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*; F. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*; G. *El Tribunal Penal Internacional*.

En los últimos 25 años se ha acentuado el recurso a los métodos de solución pacífica de las controversias internacionales, lo que es consecuencia lógica de la prohibición del uso y/o amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, incorporada en el derecho positivo por el art. 2 inc. 4 de la Carta de la ONU, y consagrada como norma de "ius cogens" en el d.i. contemporáneo.

En la comunidad internacional no organizada se continuó aplicando el recurso a la negociación directa y a las vías diplomáticas. De esta manera se solucionaron varios conflictos de fronteras con Chile, recurriendo al arbitraje de la Reina de Inglaterra, con la participación de 5 miembros de la CIJ que eran los que debían producir el dictamen base del laudo, en el caso del Beagle. Luego en el mismo caso se recurrió a la mediación papal, y finalmente a la negociación directa de los gobiernos, lo que culminó con la firma del Tratado de 1984.

En cuanto a la utilización de los medios jurisdiccionales, se generalizó el recurso al arbitraje, particularmente en el derecho mercantil internacional donde es habitual recurrir a cláusulas arbitrales. La vía judicial ante la Corte Internacional de Justicia, también se ha extendido ya que a partir de la incorporación de miembros de origen asiático y africano variaron los criterios conservadores de origen exclusivamente occidental de la Corte. Esta variación produjo mayor confianza de los Estados. Entre otros fallos, se enrolan en esta nueva línea de la doctrina judicial el fallo recaído in re "Nicaragua c/ EEUU".

En la comunidad internacional organizada, particularmente en la ONU, se hizo mucho más frecuente el papel del Secretario General como prestador de buenos oficios y de mediación. A su vez el Consejo de Seguridad, a partir de

la caída del sistema bipolar amplió considerablemente su actuación en la aplicación de métodos de solución pacífica de controversias. Como se ha visto en la Sección XX, el CS ha realizado muchas más operaciones de mantenimiento de la paz en esta última década que en el resto de su historia.

La vía judicial se ha expandido. No sólo funciona como tal la CIJ, sino que se han creado nuevos tribunales con alcance universal, tales como el Tribunal del Mar, y el Tribunal Penal Internacional. De funcionar este último se superaría uno de los problemas que no pudo solucionar la ONU en su primera etapa, que es la de la aceptación por los Estados del establecimiento de una jurisdicción penal internacional.

107. Los litigios y los medios de solución: clasificación

Como punto de partida, tomaremos una doble agrupación de los litigios y de los medios de solución de los mismos. Los litigios se clasifican en jurídicos y no jurídicos, y los medios de solución en jurisdiccionales y no jurisdiccionales o diplomáticos.

Un litigio es jurídico, si se refiere a la interpretación o aplicación de una norma del d.i. positivo. No es jurídico, si tal norma no existe, o sea, si hay una laguna en el d.i.

Aquí encontramos una doble diferencia entre el d.i. y el interno. También existen lagunas en las leyes, pero los jueces tienen la facultad de llenarlas, de modo que, al final de cuentas, no existen lagunas en el derecho interno, que es hermético, por ser la obra racional del legislador. Al contrario, son numerosas en el d.i. las normas de creación espontánea. Hemos abordado este aspecto en la sección I.

Como en el d.i. también en el interno hay numerosas normas que carecen del consenso de una parte importante de la ciudadanía, que las califica de perimidas o simplemente de injustas. En tales casos, no es el juez quien podría dar una solución satisfactoria al conflicto, sino el legislador. Pero, por reprochable que sea la aplicación de una norma de esta índole, la parte que pierde el proceso debe plegarse a la sentencia, ante la coactividad del orden interno: "*dura lex, sed lex*". Es distinta la situación en el orden internacional: por un lado el d.i. carece de coactividad, por lo tanto no puede esperarse que un Estado se someta a una norma manifiestamente anacrónica, injusta; por otro lado le falta el legislador, que proporcionaría una justa solución al conflicto, modificando la norma objetada.

Estas dos causas explican por qué una enorme cantidad de litigios internacionales no son jurídicos.

Cabe observar que el d.i. convencional proporciona definiciones de estas dos clases de litigios internacionales que difieren de las definiciones doctrinales. A veces, utiliza el método enumerativo, como el Pacto de la SDN¹ y el Estatuto de la CIJ,² que consideran conflictos, susceptibles de solución arbitral o judicial los relativos a la interpretación de un tratado o a cualquier cuestión de d.i., o a la comprobación de la realidad de un hecho que si se hubiese producido constituiría la violación de una obligación internacional; y al alcance o a la índole de la reparación por esa violación. Los tratados de arbitraje de Locarno (1925)³ calificaron como jurídicas “las divergencias de todo orden, en las que las partes se discuten recíprocamente un derecho”.

Según aclaramos más detenidamente en la sección final de la presente obra, carece de fundamento la contraposición cortante, antinómica, de lo jurídico con lo político. Numerosos problemas con hondo contenido político ya encontraron una solución normativa, dentro del marco del d.i. pero existen otros que no son judiciales; y que únicamente podrían calificarse de políticos.⁴

Los métodos de solución de los litigios internacionales se dividen en:

1. Jurisdiccionales, por el arbitraje o la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

2. No jurisdiccionales que pueden solucionarse:

A. *Por el canal diplomático*. O sea negociaciones directas entre los dos gobiernos en litigio.

B. *Por métodos diplomáticos*. Con intervención de un tercero: buenos oficios, mediación, encuesta, conciliación.

Existe una vinculación entre estas dos clases de litigios y los dos métodos de solución de los mismos. El método jurisdiccional presupone la aplicación de una norma del d.i. positivo; por lo tanto es aplicable, en principio, únicamente a la solución de los litigios jurídicos. En realidad, las partes pueden apoderar al árbitro para actuar, también

¹ Artículo 13, párrafo 2.

² Artículo 36. párrafo 2.

³ Según Guggenheim (1953-4, v. 2, p. 109), numerosos tratados concluidos, entre las dos guerras mundiales se inspiraron de esta fuente. Como ejemplo cita el Tratado de Arbitraje y Conciliación entre Suiza y Alemania de 1921.

⁴ Para Guggenheim (1953-4, v. 2, p. 109), “la justiciabilidad de un litigio no depende de su carácter jurídico; se confunden con la oportunidad política de someterse al arbitraje o a una solución judicial”.

como "amigable componedor", o pueden autorizarlo a fallar según equidad o de acuerdo a reglas técnicas. De tal modo los litigios no jurídicos pueden encontrar una solución arbitral, o sea jurisdiccional.⁵

Primero examinaremos los métodos diplomáticos de solución de litigios y recién después los jurisdiccionales.

108. Métodos de soluciones diplomáticas

A. Sociedad internacional no organizada

a) *Vía diplomática*: Según este procedimiento, dos Estados en conflicto primero procuran solucionar sus desacuerdos mediante negociaciones diplomáticas, ya sea por medio de los ministros de Asuntos Exteriores y embajadores, o en una conferencia internacional. Incluso, en ciertos tratados, se exige como condición previa al procedimiento jurisdiccional que los Estados en litigio hayan agotado las negociaciones diplomáticas. La vía diplomática ofrece ciertas ventajas de ductilidad y discreción pero su eficacia depende de un relativo equilibrio entre las fuerzas políticas en pugna.

b) *Buenos Oficios*: Es una interposición amistosa de una tercera potencia que trata de llevar a los Estados en litigio al acuerdo, poniéndolos en contacto pero sin sugerirles ninguna solución concreta.

Los buenos oficios pueden tener objetivos distintos: ya sea evitar un conflicto armado,⁶ resolver pacíficamente una controversia internacional evitando un conflicto armado, o poner fin a una guerra.⁷ Los buenos oficios necesitan una atmósfera de confianza. Fracasan si se los ofrece de mala fe o si aceptan de mala gana.

⁵ Sin embargo numerosos tratados de arbitraje prevén también el procedimiento conciliatorio.

⁶ Por ejemplo, el Dr. Arturo Frondizi durante su presidencia (1958-1962) ofreció sus buenos oficios a fin de solucionar el litigio entre Cuba y EE.UU. Este último país y Gran Bretaña se ofrecieron en 1958 para arreglar el conflicto que produjo, el bombardeo de un pueblo tunecino por la aeronáutica francesa. En 1957, el rey de Marruecos y el presidente de Túnez propusieron a Francia la mediación para terminar la guerra argelina.

⁷ En 1947, los Países Bajos e Indonesia aceptaron buenos oficios norteamericanos. Al estallar la Segunda Guerra Mundial, intentaron buenos oficios el rey belga junto con la reina holandesa en noviembre de 1939 y el rey sueco en agosto de 1940.

c) *Investigación*: El Ier. Convenio de La Haya de 1907, implantó un nuevo procedimiento: la investigación o encuesta.⁸ Se designaba a los comisarios investigadores, cuya tarea es la de aclarar las cuestiones de hecho, sin pronunciarse sobre sus efectos jurídicos. Los Estados interesados quedan libres para deducir las conclusiones y para resolver el incidente por negociación directa o por arbitraje.

La primera vez que se aplicó este procedimiento fue en el asunto del *Dogger Bank*. En 1906 la escuadra rusa del almirante Rodjestvensky bombardeó unos barcos de pesca británicos de Hull, a los que confundió con torpederos japoneses. Fue bajo el impacto de este incidente, que se implantó en 1907 el procedimiento de investigación con el objeto de resolver cuestiones de hecho.

El procedimiento es facultativo: los Estados sólo acuden a él, firmando el respectivo convenio, pero el informe de la comisión no tiene carácter obligatorio y deja a las partes en libertad de acción. El procedimiento de investigación fue implantado en América, por el tratado *Gondra*, firmado en Santiago de Chile en 1923. Ha sido aplicado, por el acuerdo firmado en Washington, en 1938, para resolver el asunto de la matanza de ciudadanos haitianos en las ciudades dominicanas de Montechristi y Dabajón, en 1937.

El procedimiento de investigación ha pasado, sin embargo, por diversas vicisitudes.⁹ Sólo tuvo verdadera eficacia en las condiciones que prevalecían cuando fue organizado en 1907, dentro del sistema de equilibrio. Su aplicación es aleatoria, si se trata de una investigación bilateral que afecte a un Estado totalitario, y en general en los litigios propios del sistema bilateral, intermedio entre la paz y la guerra.¹⁰

El convenio de La Haya de 1907, estableció puntos generales sobre la constitución y funcionamiento de las comisiones internacionales de

⁸ Con anterioridad a 1907 este procedimiento fue aplicado en 1897 para establecer de qué lado de la frontera fue detenido el funcionario francés Schnaebelle. Y en 1898, para establecer la causa de la explosión en el barco de guerra norteamericano *Maine*, mientras se hallaba en el puerto de La Habana, todavía bajo la soberanía española. Esta explosión provocó la guerra hispanoestadounidense aunque, según se reveló después, los explosivos se encendieron en el acorazado norteamericano espontáneamente.

⁹ En 1935 y 1936, Abisinia pidió tres veces al Consejo de la SDN, el envío de una comisión de encuesta.

¹⁰ La URSS rechazó los pedidos de encuesta en una serie de incidentes aeronáuticos: en 1948 con Gran Bretaña, en 1952 con Francia y Suecia, etcétera.

investigación, dejando los detalles a las partes. A su vez, otros Estados contrajeron la obligación de acudir a una Comisión de Investigación, en determinadas condiciones, comprometiéndose a no recurrir a la guerra hasta que la comisión no hubiese concluido sus trabajos. De tal modo a las comisiones de investigación les incumbe el papel de una especie de institución dilatoria en pro de la paz. Por iniciativa del secretario de Estado norteamericano Bryan, EE.UU. concluyó en 1913 y 1914 numerosos tratados que obligan a no recurrir a la guerra antes de que termine la encuesta. De acuerdo a estos tratados, llamados de Bryan las comisiones debían componerse de cinco miembros, tres de los cuales debían poseer una nacionalidad distinta a la de los Estados en litigio. Era obligatorio este procedimiento cuando así lo solicite una de las potencias signatarias, pero el informe de la comisión no era obligatorio: las partes podían libremente rechazarlo. En la Guerra de las Malvinas (1982) ofrecieron sus buenos oficios el Gral. Alexander Haig, Secretario de Estado de Ronald Reagan, Javier Pérez de Cuellar, Secretario General de la ONU y el Presidente de Perú, Belaúnde Terry.

d) Mediación: La mediación es la actuación de una tercera potencia con el objeto de obtener un arreglo entre dos Estados en litigio, sugiriendo una solución positiva. Se distingue de los buenos oficios por una diferencia de grado. Los buenos oficios se limitan a superar la ruptura de las relaciones diplomáticas mientras en la mediación el Estado mediador interviene en la negociación y propone una elaborada solución del litigio.

La mediación tiene carácter facultativo y los Estados en litigio pueden declinar el ofrecimiento de mediación.¹¹ A diferencia del arbitraje, el resultado de la mediación no es obligatorio y no puede ser impuesto a los Estados en litigio.

Hubo intentos de imponer la mediación como un procedimiento obligatorio: en 1856, 1885 y sobre todo en 1907, en la Conferencia de La Haya, que marca un doble progreso. Por un lado reglamenta la mediación, pero no va más allá de un mero consejo, careciendo de fuerza obligatoria. El ofrecimiento de mediación no puede nunca considerarse como un acto inamistoso. Incluso cuando es rechazado, los terceros Estados pueden reiterarlo. El convenio de 1907 recomienda que es "útil

¹¹ Los Países Bajos no aceptaron en 1947, la mediación que ofreció China para poner fin a la guerra de emancipación de Indonesia, y en 1948 el Reino Unido rechazó la mediación norteamericana para arreglar el conflicto con Guatemala sobre la región de Belice.

y deseable" recurrir a la mediación, "cuando las circunstancias lo permitan".¹²

Como los buenos oficios, también la mediación ha sido utilizada para prevenir una guerra¹³ o para ponerle fin.¹⁴

Además de los conflictos internacionales se utilizó la mediación para poner término a guerras civiles. Las dos partes en conflicto durante la guerra civil española no aceptaron la proposición de mediación franco-británica en 1936. En 1998, al desatarse una cruenta guerra civil en Argelia, Francia ofreció su mediación. Es común que el Secretario General de la ONU ofrezca sus buenos oficios y la mediación en casos de luchas civiles como las de Mozambique y Camboya entre otras.

La Conferencia Panamericana reunida en 1936 en Buenos Aires, recomendó el recurso a la mediación en el hemisferio e implantó una innovación: escoger como mediador a una personalidad calificada, en lugar de una potencia. Esta nueva modalidad tuvo aplicaciones también fuera de nuestro continente.¹⁵

e) Conciliación: La conciliación es un procedimiento de solución de los conflictos internacionales, posterior al año 1919. Se estableció en numerosos tratados bilaterales y colectivos.¹⁶

En los tratados de conciliación, de arbitraje y de arreglo judicial, se emplea una fórmula mixta, aplicada en los tratados de Locarno de 1925: se someten todas las cuestiones litigiosas a un procedimiento previo de conciliación y, en caso de un fracaso, al arbitraje, en los conflictos políticos, o al arreglo judicial en los jurídicos.

¹² Por otro lado el artículo 80 del citado convenio implantó la mediación bilateral.

¹³ La mediación que propuso el rey de Arabia Saudita en el conflicto entre Egipto y Gran Bretaña en 1952.

¹⁴ La mediación francesa no permitió la terminación de la guerra entre España y EE.UU. en 1898; la mediación que propuso el 22-1-1972 a Israel y Egipto la Organización de la Unidad Africana

¹⁵ En 1938, el estadista británico Runciman persuadió al gobierno checoslovaco a inclinarse ante las pretensiones de Hitler. Harriman logró un acuerdo anglo-iranio, después de la nacionalización de la Anglo-Iranian Oil Company.

¹⁶ El pacto de Saavedra Lamas (canciller argentino, ganador del Premio Nobel por la Paz) de 1933, con numerosas adhesiones latinoamericanas y, sobre todo, europeas, y el Convenio General Interamericano de Conciliación de 5-1-1929. Cabe mencionar también la inclusión de esta última institución en las cartas fundamentales de dos ententes regionales: la Báltica en 1925 y la Pequeña Entente de 1929.

Las comisiones de conciliación son permanentes. No se forman *ad hoc* para cada litigio que reclame solución, sino que se constituyen previamente por un tratado.

El primer intento en este sentido lo realizó EE.UU., cuyo Secretario de Estado Bryan firmó, en 1913-1914, una serie de tratados de conciliación, cada uno de los cuales instituía una comisión conciliatoria de 5 miembros. Partiendo de la institución de encuesta, prevista en el Convenio de La Haya, estas comisiones extendían sus tareas a la mediación. Pero esta vez eran las comisiones compuestas de particulares independientes, las que arreglaron una misión que tradicionalmente ejercían los gobiernos desde los últimos años de preguerra. Se generalizaron los tratados de conciliación inmediatamente después de la primera guerra mundial.

Por lo general la conciliación tiene una vinculación con el arbitraje que suele ser de una doble índole. A veces los dos procedimientos están yuxtapuestos, tocando a la conciliación un papel subsidiario.¹⁷ Otras veces son complementarios, siendo la conciliación automáticamente obligatoria para las partes, o bien iniciándose recién ante la demanda expresa de una parte.¹⁸

Los convenios de 1919 prevén la conciliación para el caso de desacuerdos acerca de la aplicación o interpretación del derecho internacional.¹⁹

El procedimiento de conciliación se presta para la solución de los conflictos de intereses, como también de los conflictos de derecho. La comisión examina el caso y presenta un informe a las partes, con propuestas concretas de solución. Un tratado de conciliación liga a las partes: ellas tienen la obligación de recurrir al procedimiento conciliatorio si una de las partes lo solicita, pero el informe de la comisión carece de fuerza obligatoria, es decir no puede ser impuesto jurídicamente a las partes; no tiene, ni en la exposición de hechos, ni en las apreciaciones y consideraciones jurídicas, carácter de una sentencia obligatoria.

Esta es una característica fundamental de la conciliación: sus

¹⁷ Los convenios de Suiza con Polonia, de 1925; con Hungría, de 1924; con Francia, de 1925.

¹⁸ El convenio entre Suiza y Portugal de 1928.

¹⁹ En tal caso las partes no negocian por lo general directamente, sino se reúnen en un país neutral, en salas distintas del mismo edificio, y el conciliador va de una a la otra, hasta llegar a un acuerdo.

decisiones son de naturaleza facultativa. Los inconvenientes de esta índole están atenuados. En la mayoría de los tratados, el procedimiento de conciliación se reduce así a un trámite previo para el arreglo arbitral o judicial que tiene, por su parte, carácter obligatorio, y que entra en juego automáticamente en caso de no tener éxito el procedimiento conciliatorio.

La mayoría de los tratados hacen referencia al procedimiento establecido para las comisiones de investigación en el título II del Primer Convenio de La Haya de 1907.

Estipulan que las sesiones de la comisión serán secretas y que la publicación de su informe tendrá carácter facultativo.

Todas las decisiones se toman por mayoría de votos, incluso las relativas a la aprobación del informe.

Entre las dos guerras mundiales numerosos tratados implantaron este procedimiento, pero se lo aplicó pocas veces. Durante la crisis de los Sudetes en 1938, Checoslovaquia pidió en vano la aplicación de la conciliación, de acuerdo al tratado de Locarno de 1925.

B. Sociedad internacional organizada

a) Sociedad de Naciones: De acuerdo al Pacto de la SDN (art. 12 a 15) todo conflicto entre los Estados miembros debía resolverse pacíficamente. El artículo 12 imponía a los Estados miembros la obligación de optar entre dos procedimientos:

- 1) El arbitraje o la solución judicial.
- 2) Investigación y mediación.²⁰

²⁰ Las partes podían someter el litigio al Consejo, para que efectuara una investigación y luego formulara la recomendación, de acuerdo con las condiciones fijadas por el artículo 15. Concretamente, el Consejo actuaba como mediador, sugiriendo a las partes un acuerdo directo o por lo menos una transacción. Después, publicado un informe, en el caso de adoptarlo por unanimidad (salvo los votos de las partes interesadas) el informe obligaba a las partes en litigio. Pero si se lo aprobaba por mayoría, no tenía ningún valor obligatorio y por ende no era antijurídico, en su caso, recurrir a la guerra (artículo 15, apartados 6 y 7). De tal modo el procedimiento sólo congelaba el estallido bélico durante cierto tiempo. Los conflictos relativos a cuestiones que el d.i. considera como de competencia exclusiva de cada Estado no podían ser objeto de una decisión obligatoria del Consejo. Sin embargo la jurisprudencia internacional interpretaba restrictivamente la noción de "cuestión reservada", o sea no regulada en principio, por el d.i.; consideraba que esta noción depende del

La SDN, utilizó frecuentemente la investigación, como también la ONU desde 1946. Pero mientras la investigación de acuerdo al Convenio de La Haya de 1907 era un procedimiento autónomo, el de la SDN y el de la ONU resulta un elemento integrante de un procedimiento de arreglo de mayor amplitud por los órganos internacionales. La Comisión de Investigación se desplazaba casi siempre al lugar de los conflictos y no se limitaba a una simple exposición de hechos, sino que proponía una solución.

La SDN recurrió a la investigación en los conflictos sobre las islas Aland, entre Suecia y Finlandia; sobre Mosul, entre Gran Bretaña y Turquía y en el conflicto chino-japonés, provocado por la agresión japonesa a Manchuria, en 1931, entre otros.

b) *Naciones Unidas*: El artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas impone la obligación de recurrir a la solución pacífica de conflicto, dejando a los Estados miembros la libertad de escoger el modo de solución apropiado, a saber. Negociaciones directas, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, intervención de organismos regionales, etcétera.

Cuando una situación o un conflicto²¹ determinados amenacen la paz, el Consejo de Seguridad puede actuar por su propia iniciativa (art. 34), a petición de cualquier miembro de las Naciones Unidas (art. 35) o siguiendo una indicación del Secretario General de la ONU (art. 99).

La Carta establece una distinción sutil, pero muy importante desde un punto de vista jurídico, según la gravedad: 1) Ante una controversia, cuya prolongación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz (arts. 33 a 38), el Consejo sólo puede hacer recomendaciones, solicitando a las partes, solucionen el litigio por un procedimiento por el cual ellas opten, y eventualmente sugiriéndoles una solución. 2) Pero en el caso

desarrollo de las relaciones internacionales. La apreciación de este concepto de excepción correspondía al consejo de la SDN asesorado en su caso por la CPJI; por lo tanto, escapaba a la libre apreciación del Estado.

Aplicado con pleno éxito a algunos conflictos de menor importancia, este procedimiento resultó ineficaz en otras ocasiones: asunto de Vilna, en 1920-1921; incidente de Corfú en 1923 y sobre todo en el conflicto chino-japonés, en 1931-1936.

²¹ Tan sólo en el caso de un conflicto, la Carta impone obligaciones a los Estados miembros, pero no en una situación incluso si ella amenaza la paz mundial. Los artículos 34, 35 par. 1 y 36 pár. 1 mencionan las situaciones y los conflictos, los otros se ocupan tan sólo de conflictos.

de una agresión, un quebrantamiento de la paz e incluso de una amenaza directa a la paz, las competencias del Consejo son más extensas. Tiene facultad de ordenar medidas provisionales (como por ejemplo la suspensión de armas en Palestina en 1948, o la evacuación del ejército de Corea del Norte más allá del paralelo 38°), e incluso aplicar sanciones, económicas y hasta militares (arts. 39 a 51), como ocurrió contra Iraq en la "Guerra del Golfo" (1991).

El CS no puede intervenir en los asuntos que dependen esencialmente de la competencia nacional de un Estado determinado (art. 2º, apart. 7º). Como el Pacto de la SDN también la Carta sustrae de la competencia de la ONU ciertos asuntos reservándolos a la decisión unilateral y discrecional del Estado.²²

Las conclusiones de una comisión especial, para examinar la cuestión de Palestina, sirvieron de base para la adopción por la Asamblea, de su plan de reparto territorial. El CS nombró en 1946 una comisión investigadora para dilucidar las causas de la agitación existente en el norte de Grecia, cuyo informe, publicado en 1947, no produjo efecto alguno a causa de las divergencias de criterio entre sus miembros. En 1947 el CS nombró otra comisión para que investigue la situación general en Grecia y las eventuales amenazas contra su independencia e integridad territorial; su informe, publicado en 1949, se transmitió a la Asamblea. En 1947, el CS designó una comisión consular encargada de vigilar el cese de las hostilidades entre los Países Bajos e Indonesia. En 1951 nombró la AG, una comisión encargada de investigar las condiciones necesarias para que pudieran celebrarse elecciones libres en Alemania.

Por lo tanto, el CS se niega siempre a determinar el contenido de la zona reservada a la competencia nacional por el referido apartado 7º artículo 2º, tampoco toma decisiones, ni consulta a la CIJ. En esta materia es evidente el retroceso de la ONU en comparación con la SDN.

c) Organización de los Estados Americanos: A través de toda la historia hemisférica, se notan continuos esfuerzos por el establecimiento de un sistema operativo de solución de litigios—frecuentes desafor-

²² Entre los dos textos, sin embargo, no hay diferencias esenciales. El artículo 2º, apartado 7º de la Carta, a diferencia del artículo 15, párr. 2º, del Pacto de 1919, no hace ninguna referencia al d.i., como criterio para determinar dichas competencias reservadas. No confiere al CS de la ONU la competencia de que gozaba el Consejo de la SDN. La antigua expresión "competencia exclusiva" fue sustituida por "competencia nacional".

tunadamente—entre los Estados americanos.²³ La encontramos ya en el Tratado de Unión, Liga y Confederación, que los Estados hispanoamericanos recién emancipados, firmaron en Panamá en 1826. La Conferencia de Bogotá de 1948 adoptó, además de la Carta de la OEA, el “Pacto de Bogotá” o sea el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas; un instrumento de eminente perfección jurídica que, sin embargo, quedó en letra muerta, porque obtuvo sólo 10 ratificaciones.

La propia Carta de la OEA contiene, desde el principio, un capítulo titulado “Solución pacífica de controversias” (artículos 23-26); y desde la reforma de 1967, también los artículos 84-90, en el capítulo que especifica las tareas del Consejo Permanente se refiere al tema.

Según el artículo 23 de la Carta, todas las controversias que surjan entre los Estados americanos serán sometidas a los procedimientos pacíficos aceptados dentro de la OEA antes de ser llevados al Consejo de Seguridad de la ONU. Cuba puso en tela de juicio esta disposición pretendiendo elevar sus quejas directamente ante el foro universal, pasando por alto el continental.²⁴

El artículo 24 señala los procedimientos pacíficos de solución de litigios, casi los mismos que el art. 33 de la Carta de la ONU: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación, la conciliación, el procedimiento judicial y el arbitraje. El art. 33 menciona además el recurso a los organismos o acuerdos internacionales. Son las partes quienes deberán optar entre los distintos procedimientos pacíficos que les permitan llegar a una solución.

Las partes pueden recurrir al Consejo Permanente de la OEA para obtener sus buenos oficios; ya que el consejo tiene la facultad de recomendar los procedimientos que considere adecuados para el arreglo pacífico de la controversia. Si las partes así lo desean el presidente del Consejo trasladará directamente la controversia a la Comisión Interamericana de Soluciones Pacíficas.

Por medio de esta comisión o de cualquier otro modo, podrá el

²³ Están resumidos en “El sistema interamericano”, obra publicada en Madrid en 1960 por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, ps. 90-99 con el prefacio de García Amador.

²⁴ El conflicto de competencias entre la OEA y la ONU se presentó en los casos de Guatemala, Haití, Panamá, República Dominicana y sobre todo de Cuba. Abordaron esta materia José María Ruda, en 1961; Felipe Paolillo, en 1962; Luis Claude y Jiménez de Aréchaga, en 1964; César Sepúlveda, en 1966; Mario Amadeo y Carlos García Bauer, en 1968; Juan Carlos Puig, en 1983; Dante Caputo en 1993.

Consejo realizar la investigación averiguando los hechos relacionados con la controversia. Podrá llevarse a cabo inclusive en el territorio de cualquiera de las partes, previo consentimiento del gobierno respectivo.²⁵

En cuanto a las fuentes del d.i., aplicables al arreglo pacífico de las controversias, al Consejo Permanente y a la Comisión Interamericana de Soluciones Pacíficas, deberán observarse: las disposiciones de la Carta; los principios y normas del d.i., y los tratados vigentes entre las partes. Una vez recibido dicho informe, el Consejo Permanente podrá hacer sugerencias de acercamiento entre las partes, y si lo estimare necesario, exhortarlas a que eviten todo lo que pueda agravar la controversia.

El Consejo Permanente adoptará sus decisiones por el voto afirmativo de los dos tercios de sus miembros excluidas las partes en litigio.

La reforma de 1967 incluyó definitivamente en el sistema de la OEA la comisión de conciliación, que es anterior a la organización hemisférica ya que fue creada en 1940. Antes de 1967, mantenía vínculos estrechos y frecuentes con la OEA, informando a las conferencias interamericanas las reuniones de consulta, y al Secretario General sobre sus actuaciones.

Según su primitivo estatuto, la comisión podía actuar a requerimiento de cualquier Estado americano, cuando las negociaciones directas se hubieran agotado, o cuando las circunstancias de hecho hicieran imposible cualquier negociación. El estatuto de 1956 la autorizó para actuar tan sólo a requerimiento de los Estados interesados, pero esta limitación fue levantada en 1959. Desde aquel momento en

²⁵ Si en una controversia las partes no se ponen de acuerdo sobre los procedimientos pacíficos previstos en la Carta, una de las partes podrá elevar la controversia al Consejo Permanente quien trasladará la solicitud a la Comisión Interamericana de Soluciones Pacíficas. Si ésta lo estimare pertinente ofrecerá sus buenos oficios a la otra u otras partes; aceptados éstos, la Comisión podrá recomendar los procedimientos que considere adecuados, incluso averiguar los hechos relacionados con la controversia, aun en el territorio de cualquiera de las partes, previo consentimiento del gobierno respectivo. Pero si uno de los interesados rehusara el ofrecimiento, la Comisión Interamericana de Soluciones Pacíficas, se limitará a informar al Consejo Permanente. Una vez recibido dicho informe, el propio Consejo Permanente podrá sugerir el acercamiento entre las partes y, si lo estimare necesario, exhortarlas a que eviten todo lo que pudiera agravar la controversia. Si una de las partes mantuviera su negativa a los buenos oficios de la Comisión o del Consejo, éste se limitará a rendir un informe a la Asamblea General.

adelante, pudo actuar a requerimiento de los gobiernos o a iniciativa propia.²⁶

d) Otras organizaciones regionales. También otras organizaciones tienen entre sus tareas la solución de litigios que se produzcan en su seno.

Las comunidades europeas tienen una corte de justicia común, cuyas tareas especificamos en la sección XXXII dedicada al derecho comunitario.

El Consejo de la liga de los Estados Arabes puede encargarse de la solución de los litigios entre sus Estados miembros.

En 1956, aceptó el consejo de la OTAN un procedimiento para solucionar los litigios entre sus Estados miembros. El Secretario General de la organización debe ofrecer sus buenos oficios y, en el caso de la aceptación de los mismos, recurrir a los procedimientos de encuesta, mediación, conciliación o arbitraje. Previamente a los mencionados buenos oficios, los Estados miembros no pueden recurrir a otras organizaciones internacionales, salvo en el caso de litigios de orden jurídico o económico.

A veces se producen choques de competencias entre la organización universal y las regionales. Por ejemplo, en 1958 la AG de la ONU postergó sus deliberaciones durante 10 días, a fin de proporcionar la posibilidad a la Liga Árabe de solucionar la acusación del Líbano contra la República Árabe Unida (RAU). Son frecuentes los conflictos de esta índole con la OEA: en el caso de las sanciones a la República Dominicana en 1960, y Cuba en 1962; del litigio haitiano-dominicano, en 1963, y de la intervención dominicana, en 1965.

En la organización de los Estados africanos existe una comisión para la mediación, conciliación y arbitraje.²⁷

²⁶ La Comisión intervino en los litigios entre la República Dominicana y Cuba en 1948, 1951 y 1956; entre la República Dominicana y Haití, en 1949; entre Perú y Colombia, en 1949 y 1953; entre Guatemala, Honduras y Nicaragua, en 1954; entre Haití y Cuba, en 1959; entre Venezuela y Cuba, en 1959; entre Ecuador y la República Dominicana, en 1960; entre Venezuela y la República Dominicana, en 1960; entre México y Guatemala, en 1961; contra Cuba (según la denuncia peruana), en 1961; entre Honduras y Nicaragua, en 1961, y entre Panamá y EE.UU., en 1964.

²⁷ De acuerdo al protocolo, firmado en El Cairo en 1964, la comisión debe componerse de 21 miembros electos. En estos últimos años, la OUA enfrentó algunos graves conflictos territoriales, como el marroquí-argelino, el etiope-somalí, el intento secesionista de Biafra y el colapso interno del Estado congolés.

e) *Litigios de las organizaciones con los Estados y con su personal.* Hasta ahora hemos examinado una sola clase de conflictos interestatales entre los Estados que son miembros de una organización internacional, universal o regional. Examinaremos en la sección XXXII la solución de los litigios entre los Estados miembros de una organización de distinta índole: la supranacional. Sin embargo, además de los litigios en el seno de una organización, pueden producirse otros en que la propia organización es parte: ya con un Estado, ya con un particular de su personal. Los primeros se solucionan de acuerdo con el d.i., los segundos con el derecho interno de las organizaciones internacionales

Una organización puede tener litigio con cualquier Estado, pero son más frecuentes con el Estado en cuyo territorio se halla su sede. Especialmente surgieron conflictos de esta índole entre la ONU y EE.UU.: un funcionario de la organización que vive en el territorio estadounidense puede comprometer la seguridad nacional, pero como goza de inmunidad, surge un litigio en el caso de represión policial o judicial, por parte de EE.UU.. Esta eventualidad está prevista en el convenio sobre privilegios e inmunidades de la ONU de 1946, cuyo art. 8º, sección 30, señala el órgano competente para la solución de toda clase de litigios que puedan surgir entre la organización y distintos Estados: los resolverá la CIJ, por un dictamen, con validez de un laudo arbitral. El convenio sobre los privilegios e inmunidades de los organismos especializados de la ONU de 1947 contiene una disposición análoga, art. 9º, sección 32.²⁸

Otro instrumento que aborda este problema es el acuerdo sobre la sede que la ONU concluyó con EE.UU. en 1947: los litigios serán solucionados por vía arbitral, pero cada parte podrá pedir previamente un dictamen de la CIJ que será obligatorio para el árbitro. De tal modo la corte tendrá una facultad semejante al "*ius respondendi*" del iurisconsulto romano. Adoptaron esta solución también los tratados análogos de distintos organismos especializados con los Estados en cuyos respectivos territorios tienen sus sedes, por ejemplo OACI con Canadá en 1951 o UNESCO y Francia en 1954. Distintas soluciones adoptaron otros tratados de esta índole: el arbitraje permanente (el tratado de la Agencia Internacional de Energía Nuclear y Austria de 1957; entre la FAO e Italia; la ONU y Suiza, sobre la sede en Ginebra), o creado ad hoc, en el caso de presentarse algún litigio (OIT con Suiza; OMS con Suiza).

²⁸ Véase 104.

Según hemos señalado oportunamente, las relaciones laborales entre una organización internacional y su personal están regidas por su propio derecho laboral, que es derecho interno de la respectiva organización, análogo por su estructura intrínseca y su tarea, a la respectiva rama del derecho interno de tal o cual Estado. Para los litigios que pueden presentarse en esta materia entre la ONU y sus funcionarios o empleados, fue organizada, en 1950, una Corte administrativa de la ONU. Otra corte análoga existe en la OIT y sirve también para algunos otros organismos especializados: UNESCO, OMS, UTI, FAO y OMM.

f) Combinación de métodos. La práctica en América Latina, particularmente en América Central, aplica una combinación de los métodos de solución de carácter diplomático, amalgamando elementos de la negociación, buenos oficios, mediación, investigación y conciliación, en diversas fases del proceso, como ocurrió en el proceso de Contadora y de Esquipulas II.²⁹

109. Métodos de soluciones jurisdiccionales

Los procedimientos de solución jurisdiccional son el arbitraje y la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Algunos tratadistas califican como procedimientos judiciales tan sólo la CIJ y su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) ubicando al arbitraje aparte. Sin embargo, en su forma más perfecta es también un procedimiento jurisdiccional y no diplomático. El árbitro no busca arreglo aceptable para las partes: su laudo tiene la validez de una auténtica sentencia.

A. Arbitraje

El arbitraje es una institución conocida ya en la antigua Grecia; las *polis* se agrupaban en ligas anfitriónicas que solucionaban sus litigios mediante un procedimiento similar al arbitraje de la Edad Media, se recurría con mucha frecuencia al arbitraje del Papa o del

²⁹ Jiménez de Aréchaga, Eduardo: "Derecho Internacional Público", Tomo IV, Fundación de Cultura Universitaria, ROU, 1991, p. 195.

emperador. Pero a partir del Renacimiento cuando se impone el principio de soberanía esta institución desaparece, reapareciendo recién a fines del siglo XVIII para solucionar los problemas litigiosos que planteó la emancipación de EE.UU.

a) Tipos. Hay cinco tipos básicos de órganos de arbitraje, a saber:

1. El más antiguo es el arbitraje que lleva a cabo un jefe de Estado; en su primitiva forma se recurría al Papa, emperador o autoridades estatales. En los siglos XIX y XX aparece como árbitro el jefe del Estado. Constituyen ejemplos el litigio por el Estrecho de Magallanes, en 1902, solucionado por el rey de Gran Bretaña; el conflicto entre Perú y Bolivia, arbitrado por Figueroa Alcorta, entre Argentina y Brasil, arbitrado por Cleveland, etcétera.

2. *Comisiones mixtas.* En esta forma renace el arbitraje a fines del siglo XVIII, luego de la emancipación de EE.UU., debido a que surgen litigios con Gran Bretaña por los límites entre EE.UU. y Canadá (colonia de Gran Bretaña y parcialmente de Francia) y por pretensiones de particulares de ambos Estados (*comisiones de Jay de 1874*). Aquí el arbitraje adquiere una nueva forma: cada parte designa a un árbitro, integrándose así una comisión paritaria constituida de tal modo que no podía fallar con autoridad moral suficiente para dar sentencia. Pero tenía la ventaja de que a los miembros se los elegía por su competencia y no sólo por la representatividad de un jefe de Estado. Este podía a veces carecer de conocimientos sobre la materia o incurrir en parcialidad. (Por ejemplo, fue criticado el arbitraje sobre el Estrecho de Magallanes porque Gran Bretaña tenía intereses con Chile). Además el jefe del Estado, al fallar, se preocupaba de no dejar sentado un procedimiento que pudiera perjudicar los intereses de su país en litigios futuros. Por esto y para no demostrar la falta de conocimientos jurídicos se prefería no motivar sus fallos. Pero el laudo queda apoyado por el prestigio y la fuerza del Estado; no cumplirlo sería una afrenta para el Estado, cuyo jefe actuaba como árbitro. Por estos inconvenientes se generalizaron otros procedimientos.

3. *Tribunal arbitral.* Es un verdadero órgano judicial compuesto por 3 o 5 miembros imparciales. Elimina los inconvenientes de los anteriores porque tiene autoridad para dictar la sentencia, es imparcial y competente por ser sus miembros juristas. Por estos motivos resulta el procedimiento arbitral más importante.³⁰

³⁰ Algunos árbitros famosos fueron el ex presidente estadounidense Taft: el litigio costarricense-británico de Tinoco en 1923, Max Huber: reclamaciones britá-

4. *Arbitro único.* Suele recurrirse a este tipo de arbitraje en los litigios de poca importancia, especialmente de carácter técnico; por ejemplo en los que surgían por la aplicación del tratado de Versalles después de la primera guerra mundial.

5. El Tribunal Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, no debe confundirse con la Corte Permanente de Justicia Internacional. Muchos tratadistas repiten irónicamente que no es un tribunal ni es permanente, y en efecto su denominación es incorrecta. Se trata de una institución cuyo único elemento permanente es una Secretaría que guarda la lista de los candidatos a integrar los tribunales arbitrales. Cuando dos Estados firmantes de la convención de La Haya tuvieran un litigio, deben elegir los árbitros de esta lista. De tal modo lo permanente no es la Corte sino únicamente la oficina.

La ventaja de esta forma sobre las anteriores es la de tener una nómina de posibles miembros de un tribunal constituido de antemano. En cierto modo hay analogía con la ventaja de la conciliación sobre la mediación.

Por esto la Corte solucionó un importante número de litigios hasta que se constituyó la Corte Permanente de Justicia Internacional. Como esta última era más perfecta, la anterior perdió su razón de ser. Ahora raras veces tiene oportunidad de solucionar una controversia. Más que un distinto tipo de arbitraje es una variante del Tribunal Arbitral,

b) *Base del laudo arbitral.* Lo más frecuente es que el laudo se funde en el d.i. positivo o bien en la equidad. Hasta aquí el arbitraje queda dentro del marco de las normas jurídicas pero puede franquearlo en dos casos. Puede proponérsele al órgano arbitral la competencia de "amigable componedor". Vale decir que se le da la competencia de fallar con prescindencia de las normas jurídicas, de acuerdo a consideraciones de otra índole: política, económica, estratégica, etc. Por otro lado, el arbitraje puede tener el carácter de una reglamentación de los intereses que deja gran amplitud de criterio, mucho mayor que el anterior porque puede fallar no sólo según los datos existentes sino en consideración del desarrollo futuro de acontecimientos.

nicas por daños en la zona española de Marruecos, Carton de Wiart, litigio anglo-portugués de Campbell en 1931, Unden, litigio griego-albanés sobre Bosques de Rhodope, de 1933, Sauser-Hall; caso de oro albanés de 1953.

c) *Competencias de las partes y del árbitro.* Las partes son competentes para: 1) consentir el arbitraje; 2) aceptar el criterio según el cual el árbitro debe fallar. Las partes deben decidir de común acuerdo la solución del caso por arbitraje. Es una particularidad del d.i. Se diferencia del derecho interno en el cual un pleito se inicia sin el consentimiento de la parte demandada, que puede ser condenada en rebeldía. El Estado es el único órgano del d.i. común en principio, por lo tanto, puede ser parte y órgano a la vez. Este es un rasgo específico del d.i. y especialmente se destaca en el d.i. clásico cuando el consentimiento figuraba como lema de la época (consensualismo).

La base del arbitraje es el consentimiento que se puede otorgar por compromiso arbitral, que es el acuerdo para que un determinado litigio sea resuelto por arbitraje. Un acuerdo previo para someter los futuros litigios a una solución arbitral, que puede presentarse a su vez: a) como un auténtico tratado: instrumento autónomo para la solución de todos los conflictos; b) con una cláusula agregada a un tratado sobre tal o cual materia, en cuya virtud las partes se comprometen a someter al árbitro los futuros litigios que puedan surgir de la interpretación o aplicación del tratado.

d) *Alcance del arbitraje.* El problema no se plantea ante un compromiso arbitral, porque es para un caso solamente, ni tampoco ante la cláusula arbitral que se refiere a la materia regulada por el tratado. Pero si se trata de un tratado de arbitraje que abarca todos los conflictos futuros, se hacen reservas que excluyen del arbitraje algunos litigios que afectan el honor nacional, los intereses vitales, la independencia, etc. En la CIJ las reservas no deben contradecir al Estatuto. Cabe agregar que, según el principio de reciprocidad, la otra parte puede reclamar el beneficio de las reservas (lo que ocurrió en el caso de los fosfatos marroquíes, en 1938; de la Compañía de Electricidad de Sofía, en 1939), de Anglo Iranian Oil Co., 1952).³¹

La llamada "cláusula argentina" excluye del arbitraje todo lo que afecte a la Constitución Nacional. Fue propuesta en un proyecto de tratado con Italia a concluirse en 1898 pero no se aceptó. El criterio

³¹ El art. 19, del Acta General de 1928 establece a su vez que pueden excluirse por medio de reservas especificadas limitadas: a) los litigios anteriores a la adhesión del Estado que formula la reserva de la otra parte en litigio; b) los litigios acerca de los problemas que el d.i. deja a la competencia exclusiva de los Estados; c) los litigios sobre asuntos determinados o materias nítidamente definidas como el estatuto territorial, o que entran en categorías bien precisas.

de nacionalidad es diferente en América y Europa, según explicamos oportunamente. Los Estados de inmigración tienen interés en que los hijos de nacimiento de los extranjeros reciban la nacionalidad local mientras que los de emigración quieren que sus hijos conserven la nacionalidad de sus padres. El gobierno argentino quería excluir este problema del arbitraje por medio de la cláusula mencionada, pero Italia objetó que la constitución puede modificarse quitando la vigencia con disposiciones convencionales.

e) *Sentencia*. La sentencia tiene tres características:

1) Es obligatoria,³² pero sólo para el caso determinado y para las partes. Para los demás Estados es *res inter alios acta*. Como la base del arbitraje fue el consentimiento de las partes, éstas se obligan de antemano a acatar el laudo. Si se produce un caso análogo, incluso entre los mismos Estados la sentencia puede ser distinta; el arbitraje no sienta una jurisprudencia obligatoria.³³

2) Es definitiva, salvo raras excepciones:³⁴ a) cuando hay exceso de poder; por ejemplo, si los Estados interesados al someterse al arbitraje, coinciden en que el laudo debe basarse en las normas del d.i., y el tribunal falla según la equidad, pueden las partes no aceptar el laudo porque el órgano arbitral se extralimitó en sus atribuciones; b) cuando luego de dictarse el laudo una parte aporta un hecho nuevo que cambie la situación, puede pedir la revisión.³⁵

3) No es ejecutoria, según el d.i. tradicional, su ejecución queda confiada a la buena fe de los Estados litigantes. El convenio Drago-Porter autorizó, en 1907, el recurso unilateral a la fuerza para imponer el cumplimiento de los laudos arbitrales relativos al pago de deudas.

³² Bien entendido, si se ajusta al compromiso. Véase el fallo arbitral en el litigio franco-venezolano de Fabiani, en 1896; de Obra Pfa de California (litigio mexicano-estadounidense, de 1902), de Orinoco Steanship Co. (litigio venezolano-estadounidense, 1911); de Societé Générale de Belgique (sentencia de la CPJI -y no un fallo arbitral- de 1939, en un litigio belgo-griego) de los Humos de la usina de Trail (litigio estadounidense-canadiense de 1941).

³³ Fallo en el litigio germano-norteamericano de Gunn Conga Gunz, de 1922.

³⁴ La sentencia en el caso de Orinomo Steamship Co. de 1911: el arbitraje de Guillermo I de los Países Bajos, de la frontera entre los EE.UU. y Canadá en 1831; en el litigio germano-polaco de Tiedemann en 1926.

³⁵ Casos arbitrales de Black-Tom y Kingsland. A veces no es fácil distinguir el error de hecho y de derecho, p. ej. en el caso de Humos de la fundición de Trail (litigio estadounidense-canadiense, de 1941); las condiciones se aplican difícilmente, p. ej. en el caso del Barón de Nenfize contra Alemania de 1927.

El pacto de la SDN autorizaba al consejo a tomar “medidas adecuadas” contra un Estado que no cumpla una sentencia arbitral (art. 13, párr. 4).³⁶ La carta de la ONU se limita a la ejecución forzosa de las sentencias de la CIJ, pasando por alto las arbitrales (art. 94). Por lo general los Estados suelen cumplir las sentencias arbitrales.³⁷

f) Comentarios: Puede afirmarse que el proceso internacional es esencialmente de naturaleza arbitral.

En el estado actual de la aplicación de métodos jurisdiccionales de solución de controversias se advierte una saludable evolución de la aplicación del arbitraje a partir de la segunda mitad del siglo XIX, profundizada en los últimos 50 años. La tendencia de la sociedad internacional no organizada ha sido la de extender los acuerdos y cláusulas compromisorias “limitados” a la obligación de celebrar el compromiso arbitral, sin el cual no se podía llegar al arbitraje mismo. Hoy en día las cláusulas y tratados generales de arbitraje son “completos” porque facultan a cualquier Estado Parte a llevar a otro Estado Parte a comparecer ante el tribunal arbitral seleccionado.³⁸ Además se acentúa la institucionalización de la función arbitral.

El arreglo judicial de las controversias entre Estados está a cargo de los siguientes tribunales: la CIJ, como órgano de la ONU, creada en 1945 y con sede en La Haya,³⁹ y de otros tribunales a los que nos referiremos a continuación.

³⁶ Tal caso se presentó una sola vez, ante la no ejecución de la sentencia en el caso de Bosques de Rhodope; ante el acuerdo amistoso entre las partes, el Consejo no tuvo que intervenir.

³⁷ Ocurrieron tales casos además del recién citado, en la época entre guerras: Rumania no cumplió la sentencia en el asunto de Kulin, de 1927; Polonia en el de Compañía de Electricidad de Varsovia en 1929. El Consejo de Estado de Francia no impuso el acatamiento de la sentencia arbitral en el asunto de Reitlinger; el Tribunal Civil de Bruselas declaró no ejecutiva la sentencia de la CPJI en la causa de Societé Commerciale de Belgique.

³⁸ Conforti, Benedetto, op. cit., ps. 496-500.

³⁹ También se ha previsto la creación de Tribunales Internacionales de carácter penal: en la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio, del 9 de diciembre de 1948, y en la Convención para la Eliminación y Sanción del Crimen del Apartheid del 30 de noviembre de 1973, que no llegaron a constituirse. Los Tribunales administrativos de las organizaciones internacionales, tienen el objeto de resolver los litigios entre la organización y sus funcionarios con el Tribunal administrativo de las Naciones Unidas; el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (con competencias para otras organizaciones), y la Comisión de Recursos de la OCDE).

B. Corte Internacional de Justicia

a) *Historia.* La CPJI fue creada en virtud del artículo 14 del pacto de la SDN. El Consejo encargó a un comité de juristas la redacción del anteproyecto del Estatuto y lo adoptó con algunas enmiendas junto con la Asamblea General, en 1920. Incorporado a un protocolo, el Estatuto de la CPJI fue abierto a la firma. Durante su existencia fue firmado por 59 Estados y ratificado por 50, entre ellos por todas las grandes potencias, con excepción de los Estados Unidos y de la URSS.

El comité de juristas de las potencias aliadas reunido en Washington en abril de 1945, es decir, unos días antes de la Conferencia de San Francisco propuso crear un nuevo tribunal internacional casi exacto a la anterior CPJI. Esta continuidad va tan lejos que incluso la numeración de los artículos de ambos estatutos es idéntica. La CPJI dio buen resultado y por lo tanto hubiera sido un error renunciar a sus útiles experiencias.⁴⁰

⁴⁰ La CPJI dictó en general cerca de 30 sentencias y otros tantos dictámenes. Como las más importantes pueden considerarse las sentencias relativas al caso de Wimbledon, de Mavrommatis, de Chorzow, del Lotus, de la competencia de la Comisión Internacional del Oder, del asunto de las zonas francas, de Groenlandia Oriental, de Oscar Chin, de las represas del Mosa, de los fosfatos marroquíes. Además se destacan los dictámenes relativos a los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos, al estatuto de la ciudad libre de Danzig, a la competencia de la comisión europea del Danubio y al proyecto de unión aduanera austro-alemana.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la CIJ solucionó, en 1948/49, el litigio acerca del canal de Corfú; en 1950/51, sobre el asilo diplomático; en 1951, sobre aguas jurisdiccionales noruegas; en 1952, sobre los derechos de los ciudadanos estadounidenses en Marruecos; en 1953, sobre Ambatiellos; en 1953, sobre las islas de Menquieres y Evreux; en 1955, sobre Nottebohm; en 1957, sobre la protección de menores de edad; en 1959, sobre enclaves en la frontera belga neerlandesa; en 1960, sobre enclaves portuguesas en India; en 1960, el litigio sobre la frontera entre Honduras y Nicaragua; en 1961 sobre el templo de Preahear. Se declaró incompetente en los casos de Aramco, en 1952; del oro albanés en 1954; de empréstitos noruegos en 1957; de Interhandel en 1959, y sobre el incidente aéreo en Bulgaria, en 1965.

Además emitió una serie de dictámenes: sobre la admisión de nuevos miembros de la ONU, en 1948 y 1950; sobre la interpretación de los tratados de paz con Hungría, Bulgaria y Rumania, en 1950. Sobre los gastos de los funcionarios de la ONU, en 1960; sobre las reservas a la convención sobre el genocidio, en 1951; sobre la validez de las sentencias de la Corte Administrativa de la ONU, en 1955; sobre Africa de Suroeste, en 1955 y 1956; sobre la validez de las sentencias de la Corte de la OIT, en 1956; sobre la composición del Comité Marítimo de Seguridad, en 1960;

b) *Organización*. La CIJ está formada por 15 jueces nombrados por CS y la AG de la ONU por mayoría simple dentro de cada órgano. En caso de desacuerdo interviene una comisión mediadora. Los jueces se eligen teniendo en cuenta las grandes formas de civilización y los distintos sistemas jurídicos del mundo. Son inamovibles, duran 9 años en su función y deben tener dedicación exclusiva, régimen de incompatibilidades que se atenúa en el caso de los jueces suplentes. El juez nacional o juez ad hoc (art. 31 del Estatuto) es nombrado directamente por el Estado interesado para que forme parte de la Corte con los mismos derechos que los demás jueces. Esta fórmula se aplica cuando uno de los dos Estados en litigio no está representado en el tribunal o cuando un Estado deja de estarlo por súbito fallecimiento del juez de su nacionalidad o cuando un miembro de la Corte había intervenido en el asunto a título de agente de una de las partes y por ello no puede actuar como juez.

Ya durante la etapa de la CPJI en cumplimiento de una resolución de la IX Asamblea de la SDN de 1928, el Estatuto fue reformado reforzándose el carácter judicial y permanente de la Corte. En 1929 se generalizó la institución del juez nacional, que desde entonces figura no sólo en el procedimiento contencioso, sino también en el consultivo y el sumario y ante el elevado número de los casos.⁴¹ La Corte trabaja permanentemente salvo las vacaciones judiciales.

A diferencia de otros tribunales internacionales, la competencia de la CIJ en razón personal es de carácter universal con respecto a los Estados, es decir que cualquier Estado miembro o no miembro de la ONU puede comparecer ante ella; y su competencia *ratione materiae* es también de carácter general ya que puede resolver todo tipo de controversias que las partes le sometan (art. 36,1 del Estatuto). Así lo estableció la jurisprudencia internacional en el caso *Carellia Oriental* donde la CIJ sostuvo que es siempre competente desde el momento en que las partes aceptan su jurisdicción, pues no hay ninguna controversia que los Estados admitidos a comparecer ante el tribunal no puedan someterle".⁴² La CIJ ha resuelto problemas de fronteras, de delimita-

sobre los gastos de las fuerzas policiales de la ONU en Medio Oriente y en Congo, en 1962. Cabe aclarar que tanto en materia de sentencias como de dictámenes hacemos una mera enumeración ejemplificativa.

⁴¹ Estas disposiciones se adoptaron con respecto al Brasil quien abandonó la SDN, aun cuando estaba dispuesto a colaborar con la CPJI.

⁴² CPJI, serie A, número 15 pág. 22

ción de aguas territoriales, de jurisdicción pesquera, temas sobre descolonización y autodeterminación, sucesión de Estados, nacionalidad, derecho de asilo, etc.

Pese a que desde 1946 a 1998 varios Estados han aceptado la jurisdicción obligatoria de la misma, puede decirse que sustancialmente continúa siendo de naturaleza voluntaria, porque requiere que todas las partes sometidas al proceso acepten esa jurisdicción.⁴³ En este sentido, como dice Conforti se entiende la función jurisdiccional como “determinación vinculante del derecho”. Además cabe precisar que la controversia que se somete consiste en “un desacuerdo entre un punto de hecho o de derecho, un contraste, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos sujetos”.⁴⁴ No obstante hay que aclarar que no

⁴³ Sin embargo, en 1920 se añadió al estatuto de la Corte un protocolo adicional, en cuya virtud los Estados declaraban aceptar de antemano sin necesidad de un compromiso ulterior, la competencia obligatoria de la CPJI para la solución de los litigios de orden jurídico, que según el artículo 13 del pacto son los relativos a: 1, la interpretación de un tratado; 2, una cuestión de d.i. y 3, la comprobación de la existencia de un hecho cualquiera que, si hubiese ocurrido, constituiría la ruptura de una obligación internacional, y a la determinación de la reparación debida con motivo de dicha ruptura.

En los casos de desacuerdo entre las partes sobre la calificación del conflicto, incumbía a la Corte resolver la cuestión litigiosa.

Los Estados firmaban el protocolo, generalmente, por tiempo limitado de 5 a 10 años renovables. Con frecuencia incluían también reservas, excluyendo los conflictos anteriores a la aceptación de la competencia de la Corte, de aquellos en que las partes convinieran acudir a otro medio de arreglo y de las cuestiones relativas a la competencia exclusiva del Estado.

Durante los primeros 10 años, fueron pocos los Estados que se decidieron a obligarse con la firma de la cláusula facultativa. Pero, en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, 54 de los 59 Estados signatarios del Estatuto de la CPJI había suscrito la cláusula facultativa. De ellos, sólo 39 estaban efectivamente obligados: algunas adhesiones no habían sido renovadas y otras carecían de ratificación. Por otra parte, casi 600 instrumentos internacionales conferían competencia a la CPJI, de modo que prácticamente la mayor parte de los Estados signatarios del estatuto habían aceptado la competencia obligatoria de la CIJ en 1939. A principios de la Segunda Guerra Mundial, los Estados aliados (Francia, Gran Bretaña y Dominios) decidieron no considerarse obligados por las cláusulas facultativas, en relación con los conflictos que pudieran surgir en el curso de la guerra (por ejemplo, con Estados neutrales).

⁴⁴ Caso *Mavrommatis*, CPJI, Recueil, Serie A, Nro.2 p. 111 y CIJ, Recueil, 1962, p. 328, citada por Benedetto Conforti en “Derecho Internacional”, Zavallá p. 494. En el orden internacional, la jurisdicción sólo existe sobre la base de la voluntad del Estado, cuyo consentimiento es condición previa para cualquier solución arbitral

existen casos que la Corte rechace por el carácter político de controversia, como quedó demostrado en el caso del "Personal diplomático de EEUU en Teherán", y en el de las actividades militares paramilitares en Nicaragua".⁴⁵

Los fallos más importantes de la CIJ, desde 1972 hasta la fecha han sido los relativos a cuestiones de pesquerías, como: Fisher Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland); Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland); y los referentes a las cuestiones nucleares, entre Australia v. Francia y Nueva Zelandia v. Francia; como el tratamiento de los prisioneros de guerra pakistaníes en Pakistán v. India.

El carácter obligatorio de las sentencias. Como bien observó Rousseau, el artículo 94 de la Carta introdujo otra innovación de gran alcance, en relación con el principio tradicional que negaba fuerza ejecutiva a las sentencias arbitrales y judiciales internacionales. Los miembros de la ONU se obligan a aceptar las decisiones de la CIJ en cualquier litigio en que sean parte. Si una de las partes no cumple con sus obligaciones que le imponga una sentencia, la otra parte puede recurrir al CS y éste, si lo cree necesario, puede hacer las recomendaciones para adoptar las medidas que juzgue oportunas para la ejecución de la sentencia. Un Estado que no cumplió una sentencia de la CIJ fue Albania que en 1948 consintió en pagar tan sólo 1/21 parte de indemnización adjudicada, pero Gran Bretaña no la aceptó (caso del Canal de Corfu). Luego en 1986 tampoco EE.UU. cumplió con una sentencia recaída en el caso Nicaragua vs. EE.UU. que lo condenó a pagar indemnización.

La Corte rechazó la reapertura del juicio, por ejemplo en el caso de Chorzow, o de Canal de Corfu. El caso de Haya de la Torre de 1930 se reabrió bajo una denominación distinta: Caso de asilo.

El procedimiento ante la Corte es en parte escrito y parcialmente oral. En la fase preliminar la Corte puede rechazar los reparos de una parte contra su competencia, o aceptarlos total o parcialmente.

o judicial. Este principio ha sido reconocido por la CPJI y la CIJ. La Corte Permanente de Justicia Internacional fue creada para resolver litigios entre los Estados pero pronto se le agregó también competencia consultiva. La Corte Internacional de Justicia sigue ejerciendo las dos.

⁴⁵ EE.UU. vs Irán, CIJ, Recueil 1980, p. 20, sent. del 24-5-80 y "Nicaragua vs. EE.UU.", CIJ, Recueil, 1984, p. 439.

proceder a la consideración del fondo del litigio, cada juez formula por escrito, su opinión general. El presidente estudia este material y extrae de él una serie de cuestiones, a las cuales cada juez contesta. La mayoría elige un comité de redacción, compuesto por el presidente y dos vocales, quienes redactan la sentencia. El juez, que no la comparte, puede expresar su voto separado, si rechaza la opinión mayoritaria en su conjunto, o su opinión individual, si discrepa tan sólo con la fundamentación.

c) *Competencia consultiva.* Además de la competencia contenciosa que es propia de todo tribunal, la CPJI tuvo y la CIJ tiene competencia consultiva (art. 96 de la Carta y art. 65 y sigts. del Estatuto). El Consejo y la Asamblea de la SDN podían pedir consultas a los Estados individuales; la Argentina, propuso la modificación de esta disposición en la I Asamblea de la SDN. La CIJ debe contestar las consultas no sólo de la ONU, sino también del Consejo Económico y Social, del Consejo de Administración Fiduciaria y de la Comisión Interina de la Asamblea General.

Los dictámenes pueden referirse a una cuestión abstracta de d.i. o a un conflicto concreto. Examinando la evolución de la jurisprudencia de la CPJI puede observarse una clara tendencia a asimilar los dictámenes a las sentencias en lo sustancial y lo formal.⁴⁶

Desde el punto de vista procesal cabe observar que la competencia consultiva y la contenciosa requieren la incorporación del juez nacional.

Esta asimilación de las dos clases de competencias condujo a supeditar al acuerdo previo de las partes, cualquier consulta que el Consejo de la SDN deseara formular a la CPJI por un litigio ya existente. En dos circunstancias el consejo no se atrevió a pasar por alto la oposición de algunos miembros, consagrando de tal modo la tesis de que sólo se podían hacer consultas con el asentimiento unánime de todos los miembros del consejo.⁴⁷

⁴⁶ En su dictamen de 1923. relativo al asunto de Carelia Oriental, la Corte manifestó que su competencia, tanto consultiva como contenciosa, tenía la misma base: el consentimiento de los Estados en litigio. Por lo tanto (ante la negativa de la URSS para aceptar el procedimiento consultivo de la CPJI) negó el dictamen solicitado por el Consejo de la SDN y observó que en realidad, aquella consulta la conducía a resolver un conflicto entre dos Estados, uno de los cuales negaba su competencia.

⁴⁷ En los casos de los optantes húngaros en 1928; y de reclamaciones suizas por daños y perjuicios en la I Guerra Mundial en 1934.

La doctrina criticó esta actitud al desconocer la diferencia entre el procedimiento contencioso y el consultivo, se confunde la sentencia con la simple opinión. Según el pacto (art. 13, apart. 49) el dictamen no posee fuerza obligatoria ni el carácter ejecutivo que es propio de la sentencia.⁴⁸

Las opiniones consultivas (OC): han brindado un gran aporte en lo que hace a la determinación de normas internacionales generales, y a la interpretación de la Carta de la ONU. Entre las de mayor interés señalamos: la OC (del 28-5-51) respecto a la Convención sobre Represión del Genocidio que sirvió para establecer los principios de interpretación de las reservas a los tratados, o las opiniones sobre Namibia (21-6-71) o del Sahara Occidental (16-10-75) sobre la autodeterminación de los pueblos. A su vez, la OC del 15-12-89 sobre la "Aplicabilidad de la Sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmidades de las Naciones Unidas", se refiere a la existencia de una doble posibilidad del uso del procedimiento consultivo de la CIJ. Lo que permitiría resolver controversias en las que sean partes organizaciones internacionales. Esto tendría lugar en virtud de cláusulas adoptadas separadamente por la ONU o por los organismos dependientes de su sistema. Ejemplos se encuentran en los Acuerdos de Sede, en los Acuerdos sobre Privilegios e inmidades de las Naciones Unidas, en las Constituciones de numerosos organismos especializados, o en los estatutos de los Tribunales Administrativos de las NU y de la OIT. En esos instrumentos hay cláusulas que le atribuyen a la opinión que se solicita a la CIJ el valor de una decisión, o sea, al decir de Roberto Ago "fuerza obligatoria" para las partes en el litigio.⁴⁹ Este problema replantea la naturaleza de las OC, lo que ya venía señalando Rosenne⁵⁰ en 1965 con relación a la OC del 23-10-56 relativa a los Fallos del Tribunal Administrativo de la OIT en demandas presentadas contra la UNESCO y a la aplicación del art.XII del Estatuto de dicho Tribunal Administrativo, y comprueba Paolo Benvenuti en 1985.⁵¹ Los autores

⁴⁸ Al decir de Lapradelle (Rousseau, 1966, p. 711) era un "arbitraje por vía consultiva".

⁴⁹ Ago, Roberto, "Las Opiniones Consultivas obligatorias de la CIJ: Problemas de ayer y de hoy" en "El derecho internacional en un Mundo en Transformación", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, ROU, Tomo II, p. 1081.

⁵⁰ Rosenne, Shabtai, "The Law and Practice of the ICJ", Leiden, 1965, p. 682 y ss.

⁵¹ Benvenuti, Paolo, "L accertamento del diritto mediante pareri consultivi della CIJ, Milán, 1985.

indicados comprueban la verdad de nuestra observación, en la 1ra. edición de este libro, respecto a un acercamiento considerable de los dos procedimientos de la Corte, al decidir otorgarle valor decisorio a las OC. Como opina Ago, hasta 1987 las opiniones de la CIJ recayeron sobre solicitudes de revisión de tribunales administrativos. En cambio en la OC de 1989, la cuestión se originó en una Resolución del Consejo Económico y Social (ECOSOC). El fundamento se encontraba en la Convención sobre Prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas que contiene en su sección 30 una cláusula compromisoria, que dice en 2da. parte que: "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 art.96 de la Carta y el art. 65 del Estatuto de la Corte. La opinión que dé la Corte será aceptada por las partes como decisoria". Según la interpretación de la propia Corte, se trata de "proporcionar un mecanismo de arreglo de las diferencias".⁵² En su interpretación, Ago destaca que es la intención de los autores de ese texto superar por esta vía, el impedimento del recurso a la competencia contenciosa de la Corte por parte de la Organización.

En el caso en cuestión la cosa se complicó con la reserva formulada por Rumania a la Convención sobre Prerrogativas y Privilegios, por la que exigía el consentimiento de todas las partes en la controversia para habilitar la jurisdicción de la Corte, lo que era aplicable a las OC que deben ser aceptadas como decisorias.⁵³ En base a estas observaciones Ago propone la modificación de los artículos de la Carta y del Estatuto, permitiendo a las organizaciones internacionales el acceso al procedimiento contencioso de la CIJ.

⁵² CIJ, Recueil, 1989, Opinión Consultiva del 15-12-89, p. 32 y 33.

⁵³ La CIJ opinó que si la solicitud le hubiera sido formulada sobre la sección 30 tendría que pronunciarse respecto a la reserva hecha por Rumania a esa sección, pero en ese caso la solicitud hubiera perseguido el arreglo de la controversia entre Rumania y la ONU. En el caso concreto, la organización sólo requirió una opinión, con base en las disposiciones de la Carta y del Estatuto de la CIJ para determinar si el art. VI de la Sección 22 de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades, relativo a "peritos en el desempeño de misiones" era o no aplicable al relator especial de la Comisión de Derechos Humanos (subcomisión contra medidas discriminatorias y protección de minorías). La CIJ dijo: "esta divergencia de pareceres (en cuanto a la aplicabilidad de la Convención en este asunto) y la cuestión planteada a la Corte habida cuenta de ésta, no debe ser confundida con la controversia entre la ONU y Rumania acerca de aplicación de la Convención General al caso del Sr. Mazilu". CIJ, OC cit. Par. 38, citado por Roberto Ago, en op. cit., p. 1093.

Lamentablemente persisten casos de Estados que desconocen los alcances jurídicos del precepto del art. 36 par. 6 del Estatuto que dice: "En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá". Como dice Jiménez de Aréchaga, el caso más serio de rebeldía es cuando el Estado persiste en su rebeldía después que la CIJ determinó que posee jurisdicción, como ocurrió con Islandia en su controversia por pesquerías con el Reino Unido y Alemania, y por EEUU en el caso promovido por Nicaragua.⁵⁴

Comentario actual sobre los métodos jurisdiccionales. El Tribunal Permanente de Arbitraje elevó en 1959 un llamado a los Estados que recurren con una frecuencia mayor a él, y el Secretario General enumeró en 1960, las ventajas del arbitraje en comparación con el procedimiento ante la CIJ, por la influencia que las partes pueden ejercer en cuanto a la composición del tribunal, un recurso mayor al criterio *ex acquo et bono*, menor publicidad, la posibilidad de la solución de litigios entre los Estados y otras personas jurídicas. Cabe recordar que el procedimiento ante el Tribunal Permanente de Arbitraje duraba un cuarto de siglo: en 1931 firmaron Francia y Grecia un compromiso arbitral, a fin de someter al TAP, el litigio sobre los Faros el fallo fue dictado recién en 1956.

Sin embargo es cierto que los Estados africanos no rechazan el arbitraje con la misma vehemencia como la CIJ.⁵⁵ El arbitraje se practicó dentro del COMECON, aceptándose la cláusula arbitral también en los tratados entre los Estados comunistas y los occidentales.

No sólo la CIJ atraviesa hoy una crisis sino también el arbitraje. Por un lado la solución jurisdiccional de los litigios necesita la existencia de un d.i. único, aceptado por todos los Estados del mundo, lo que falta en el mundo desunido de hoy.⁵⁶ Por otro lado los Estados secundarios, que en el pasado buscaban en los procedimientos jurisdiccionales la protección contra la prepotencia de los grandes, cambiaron

⁵⁴ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, op. cit., p. 237.

⁵⁵ Especialmente por motivo del dictamen de la CIJ sobre la anexión del Suroeste Africano por la República Sudafricana, primitivo mandatario de aquella ex colonia alemana. El gobierno de Pretoria no admitió que los mandatos se transformaran (en el sistema de la ONU) automáticamente en fideicomisos. Con anterioridad a esta opinión consultiva, irritaba a los africanos el art. 38 del Estatuto de la Corte, que aceptaba como fuente del d.i. los principios jurídicos propios de las naciones civilizadas; veían allí la discriminación de los africanos como "no civilizados".

⁵⁶ Véase la intervención de Halajczuk en el debate en la International Law Association (Report of the 53th Conference, 1968), ps. 21-22.

su actitud, desde que las potencias no pueden recurrir a las represalias armadas. A decir de Georg Schwarzenberger, la Carta de la ONU, al prohibir el recurso a la fuerza sin establecer ningún medio obligatorio de solución de los litigios internacionales, es, prácticamente, una magna carta *libertatum* para los pequeños violadores del derecho internacional.

C. El tribunal Internacional del derecho del Mar

Fue creado por la Tercera Conferencia del Mar e incluida su regulación en la Convención de Montego Bay (anexo VI), que recién entró en vigencia en 1994. Tiene competencia personal de carácter universal y la competencia en razón de la materia que le reconoce el art. 21 del mencionado anexo se refiere a todas las controversias y demandas que le sean sometidas de conformidad con la Convención, y todas las cuestiones expresamente previstas en cualquier otro acuerdo que le confiera competencia al Tribunal. El Tribunal es uno de los órganos de Jurisdicción obligatoria que establece el artículo 287 de la Convención, y en el se ha previsto el funcionamiento de una sala especial de los fondos marinos.

D. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Es el Tribunal creado por las Comunidades Europeas por el tratado del 25/3/1957, para resolver controversias entre Estados relacionadas con el derecho comunitario, o sea que el Tribunal procura asegurar el respeto del derecho comunitario. Pueden concurrir ante él los Estados Miembros (competencia personal), los órganos comunitarios y los particulares, facultad que amplía el "*ius standi*". La competencia material comprende las controversias jurídicas que puedan surgir de la aplicación del derecho comunitario, como las relacionadas con su infracción; control de legalidad de la actividad o inactividad de los órganos comunitarios; de cuestiones relativas a la interpretación del derecho comunitario, o a la validez de los actos comunitarios; responsabilidad extracontractual de las comunidades. La competencia respecto a las cuestiones prejudiciales es de gran utilidad. Se aplica cuando un juez de un Estado tiene que resolver una controversia sobre interpretación del tratado de las Comunidades o sobre la validez o interpretación de actos comunitarios. El juez tiene el deber de suspender el proceso y

pedirle a la Corte un pronunciamiento al respecto. La decisión del tribunal es luego aplicada por todos los Estados en casos semejantes, con lo que se asegura la interpretación uniforme del derecho comunitario.⁵⁷

E. El tribunal europeo de los derechos humanos

Tiene su sede en Estrasburgo y fue creado por el tratado de Roma de 1957. Su competencia personal comprende sólo a los Estados miembros de la Convención Europea sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales. Las partes en el proceso sólo pueden ser la Comisión y los miembros de la Convención. Esa competencia personal parece haberse ampliado a partir del Protocolo del 6-11-90 que permite al individuo recurrir ante la Corte. En razón de su competencia material arregla las controversias y conoce los asuntos que le plantean los Estados en cuanto a la aplicación e interpretación de la Convención, pero sólo se abre la instancia a la Corte cuando la Comisión ha ejercido sus funciones, a los 3 tres meses de que la Comisión presenta su informe al Consejo de Ministros.⁵⁸

F. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con sede en San José de Costa Rica, fue establecida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Se trata de una "institución judicial autónoma" cuyo objetivo es la aplicación e interpretación del Pacto. Está abierta a todos los integrantes de la OEA. En cuanto al acceso a la Corte por parte de los individuos, por el momento sigue siendo imposible, porque se interpreta que lo que se juzga en esa jurisdicción es una violación de los derechos humanos por un Estado (cuestión internacional). El individuo debe agotar los recursos internos.

Los casos más resonantes porque culminaron con la condena de un Estado miembro del Pacto, fueron los casos contra Honduras: Velásquez

⁵⁷ Conforti, Benedetto, op. cit., ps 505-506.

⁵⁸ Ver sobre el tema la Sección XVIII sobre Protección Internacional de la Persona Humana.

Rodríguez,⁵⁹ Godínez Cruz,⁶⁰ Fairén Carbi y Solís Corrales,⁶¹ estos últimos ciudadanos de Costa Rica, en tránsito por Honduras, y en una situación confusa que no pudo esclarecerse, por lo que Honduras fue exenta de responsabilidad. No ocurrió lo mismo con Velásquez y Godínez, respecto a los cuales se demostró que se había violado su derecho a la libertad personal, a su integridad y a la vida. En ambos casos hubo excepciones preliminares interpuestas por Honduras, entre otras: a) falta de declaración formal de admisibilidad del caso por la Comisión; b) una omisión del procedimiento de solución amistosa; c) no agotamiento de los recursos de jurisdicción interna. Según la Corte en este último caso, "considera conveniente precisar que si un Estado que alega el no agotamiento prueba la existencia de determinados recursos internos que deberían haberse utilizado, corresponderá a la parte contraria demostrar que esos recursos fueron agotados o que el caso cae dentro de las excepciones del artículo 46.2. No se debe presumir con ligereza que un Estado Parte en la Convención ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces". Coincide con este criterio la Corte en la Opinión Consultiva 11/90 del 10/8/90. "Excepciones al agotamiento de los recursos internos" en la que consideró que es el reclamante el que debe probar "que se vio impedido de obtener la asistencia legal necesaria".

Según un estudio de Rafael Nieto Navia, la Corte en la cuestión de fondo abordó 6 aspectos importantes:

a) La carga de la prueba en la materia propia de los casos contenciosos, corresponde en principio al demandante, salvo en materia de derechos humanos porque "es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio".

b) La libertad de la Corte para apreciar los hechos. En la sentencia le dedica todo un capítulo a la valoración de la prueba, y coincide con el argumento de la Comisión: "Una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y la destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma."

c) El fenómeno de la desaparición forzada de personas: "significa una ruptura radical del tratado, en cuanto implica el craso abandono

⁵⁹ Caso Velásquez Rodríguez, sent. del 29/7/88, Serie C Nro.4.

⁶⁰ Caso Godínez Cruz, Sent. Del 20/1/89. Serie C Nro. 5.

⁶¹ Caso Fairén Carbi y Solís Corrales, sent. Del 15/3/89. Serie C Nro.6; citados por Gozafni, Osvaldo A., "El proceso transnacional", Ediar, 1992.

de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma convención”.

d) La interpretación del art. 1 inc. 1 de la Convención, a la que define como el fundamento genérico de los derechos reconocidos en la Convención de la que deriva para los Estados, además del deber de respetar tales derechos, el de prevenirlos, investigarlos y sancionarlos.

e) En materia de indemnización, estableció 3 criterios: 1) se rigen por el derecho internacional; 2) cierto tipo de medidas forman parte de las reparaciones y no de la indemnización y, 3) el carácter compensatorio de la indemnización, la “justa indemnización” comprende la reparación de los daños materiales y morales sufridos por los familiares de la víctima.

f) Respecto a la interpretación de la sentencia, la Corte dijo; “la interpretación de una sentencia implica no solo la precisión del texto de los puntos resolutivos del fallo, sino también la determinación del alcance, el sentido y la finalidad de la resolución, de acuerdo con las consideraciones de la misma. Este ha sido el criterio de la jurisprudencia internacional”.

G. El Tribunal Penal Internacional

Como ya dijimos el individuo es sujeto pasivo del d.i. cuando es susceptible de ser sometido a la jurisdicción internacional por haber cometido un delito internacional cuyo juzgamiento debe ser tratado por un Tribunal Penal Internacional.

Antecedentes: Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial y desde su creación, la ONU viene tratando la posible creación de un Tribunal Penal Internacional con competencia para juzgar crímenes de guerra y contra la humanidad. Hoy, a menos de dos años de la terminación del siglo XX estamos ante la inminencia de su establecimiento. El trabajo exitoso realizado por los Tribunales Internacionales ad hoc para Yugoslavia y Ruanda.⁶² creados con fundamento en el Capítulo VII —medidas coercitivas— de la Carta de la ONU, ha constituido un precedente valedero que ayudó a decidir la creación del

⁶² Los Tribunales Penales ad hoc para Yugoslavia y para Ruanda, se fundaron en mayo de 1993 y noviembre de 1994, respectivamente.

TPI. El primero de los nombrados ya se pronunció por primera vez en 1995.

El Parlamento Europeo adoptó el 12 de marzo de 1998 una resolución por la cual insta a los Estados miembros a comprometerse para el éxito de la Conferencia Diplomática sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (TPJI), que se celebró en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998, conforme ya lo resolvieron los Estados europeos en la reunión de Londres de febrero de 1998.⁶³ La materia de su competencia es el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. Su actuación se debe basar en la cooperación que le brinden los tribunales nacionales y los Estados participantes. Debe garantizar los derechos de los procesados, de las víctimas, de los acusados y de los testigos.

⁶³ Sólo falta que se reúna un comité preparatorio de la ONU para tratar la financiación del Tribunal y la redacción final del Estatuto.

SECCIÓN XXV

SANCIONES INTERNACIONALES

110. Sociedad internacional no organizada: A. *Formación del concepto*; B. *Aspectos controvertidos del concepto*; C. *Represalia y retorsión*. 111. Sociedad internacional organizada: A. *Sociedad de las Naciones Organización de las Naciones Unidas*; B. *Organizaciones regionales*; C. *No reconocimiento*; D. *Fuerzas policiales de la Organización de las Naciones Unidas*; E. *Operaciones de mantenimiento de la paz*; F. *Aplicación de las sanciones previstas en el Capítulo VII de la Carta*. 112. Neutralidad: A. *Sanciones contra los neutrales*; B. *Sanciones contra los beligerantes*; C. *Paz y seguridad*. 113. Guerra: A. *Sanciones colectivas*; B. *Sanciones individuales*.

El mecanismo de aplicación de las sanciones internacionales se ha perfeccionado particularmente en la sociedad internacional organizada, como lógica consecuencia de las transformaciones políticas sufridas en los países de la órbita soviética, y con la caída del sistema bipolar. La adopción de la resolución del CS que permitió la aplicación de la "Operación Tormenta" en el caso de la llamada "Guerra del Golfo", así como las resoluciones que sancionaron a Yugoslavia y a Ruanda, y a otros países por violaciones del d.i., demuestran una mayor evolución en la organización internacional, aún cuando se tenga que continuar recurriendo a la tutoría de EE.UU. para la ejecución de las sanciones dispuestas por la ONU. Nos referimos también a la participación de Argentina en las medidas contra Irak, Yugoslavia, Chipre y otros.

Entre las sanciones de la comunidad no organizada, se ha hecho uso y abuso de la autotutela, particularmente por EE.UU. en Latinoamérica, como ocurrió en el caso de Grenada, y Nicaragua.

110. Sociedad internacional no organizada

A. Formación del concepto

La retorsión, la represalia (sin o con recurso de la fuerza) y la guerra, son medios coactivos unilaterales propios de la solución de los litigios

interestatales, pero numerosos autores estiman que constituyen sanciones jurídicas, cuyo objeto es imponer la observancia del d.i. San Agustín, planteó por primera vez esta hipótesis y Santo Tomás de Aquino admitió expresamente a la guerra como reacción contra la violación del derecho. Esta idea encontró su definitivo desarrollo en la escuela española: Vitoria es autor de una doctrina de la guerra justa, a la cual también Suárez hizo una gran contribución. Entre las condiciones impuestas a la guerra para que sea justa (o sea conforme al d.i.), cabe destacar las siguientes: 1. Debe tener una causa justa: por ejemplo la violación del d.i. por otro Estado. 2. El Estado contraventor debe rechazar terminantemente la reparación de esta violación, por medios pacíficos. 3. Debe guardarse proporción entre la magnitud del acto antijurídico y de la reacción.

El concepto de la guerra justa fue abandonado por los positivistas, pero en el siglo XX se produjo el retorno al pensamiento de Vitoria, en distintas corrientes doctrinales, sobre todo en dos: la iusnaturalista con Yves de la Brière, y autores que se sitúan en el deslinde entre la dimensión axiológica y la sociológica, como George Scelle, y también de la formalista, como la escuela vienesa del derecho puro. En numerosos tratados y manuales de d.i. no figura el concepto de sanciones internacionales, y otros autores —como por ejemplo Charles De Visscher— lo rechazan expresamente como artificial, o decididamente reñido con la realidad.¹

Existe cierta discrepancia entre las principales corrientes partidarias de la idea de “sanción internacional”. Para los iusnaturalistas, se trata de la reacción contra la violación del derecho natural, mientras que para los formalistas es la reacción frente a la transgresión del derecho positivo. Además de las divergencias doctrinales, cabe tener aquí en cuenta el contexto histórico del surgimiento de las dos posiciones que con frecuencia se pasan por alto, reduciendo todo a la contraposición dicotómica iusnaturalismo-positivismo.

En la primera mitad del siglo XVI, época en que Vitoria formuló su doctrina, el d.i. positivo se hallaba en Estado embrionario y como eran escasas las posibilidades reales de su rápido desarrollo, no le quedaba a Vitoria otra cosa que referirse a un orden suprapositivo, el derecho natural. Fue muy distinta la situación en la que abordaron esta materia los formalistas: Strissower en 1919 y Kelsen en 1932. En esa época la SDN hacía notorios esfuerzos para prohibir la guerra, y otras medidas

¹ Si ellas fueran auténticas sanciones, el Estado sancionado tendría que soportarlas pacíficamente (Guggenheim, 1953-4, v. 2, p. 87), cosa que, en realidad, no ocurre con frecuencia (ibídem 93).

violentas, como instrumento de política nacional,² reservando la sanción para la protección del d.i. En aquel entonces no podía calificarse como delictiva la agresión japonesa contra China o la italiana contra Abisinia, según los principios de derecho natural (cuya aplicación práctica proporciona un margen cómodo para los agresores),³ pero podía calificársela jurídicamente como delito, a la luz de un texto convencional: el *Pacto de Briand-Kellog*.

Ya en 1919, Strissower formuló la opinión de que en un ordenamiento jurídico puede calificarse la coacción ya como un delito, ya como la reacción contra un delito, es decir como la sanción. Este criterio también lo sigue la escuela de Viena: Kelsen, Verdross, Kunz, Guggenheim (Verdross se apartó en cierta medida, al tomar una orientación iusnaturalista).

Es notable la fecha de la primera formulación de esta doctrina: el año 1919, inmediatamente después de la terminación de la Primera Guerra Mundial, después del sacrificio de millones de vidas humanas. Por lo tanto no es de extrañar que la elaboración del concepto de la sanción internacional coincida, sobre todo en su primera fase, con el estudio del problema de la guerra justa.⁴ Su extensión a las represalias armadas puede imputarse en gran medida a que la Carta de la ONU en 1945 no prohibió únicamente la guerra, sino el uso de la fuerza en general (art. 2, p. 4°), o sea también las represalias armadas. La Carta de la OEA, en 1948, prohibió, incluso, las no armadas.

Sin embargo, únicamente la represalia corresponde plenamente al concepto de sanción jurídica, mientras que la guerra deja lugar a dudas. En el plano estrictamente normativo, hasta el Pacto Briand-Kellog, el d.i. positivo reconocía el derecho a declarar la guerra como una simple facultad discrecional de cada Estado soberano, poniéndola en un pie de igualdad, por ejemplo, con la facultad de concluir tratados o de enviar y recibir representantes diplomáticos. En cambio a las represalias se las consideró como una auténtica sanción jurídica, y como un medio para lograr la reparación de un acto ilícito.⁵

² Tal prohibición expresó el Pacto de Brian-Kellog.

³ En la época de la invasión de Abisinia, la propaganda italiana intentó justificarla señalando el atraso cultural de este país, y especialmente la persistencia de la esclavitud.

⁴ Por ejemplo, Vanderpol 1911; Salvioli, 1915; Regout, 1935; Delbez, 1935.

⁵ Según dos autores la reparación sería una de las sanciones (p. ej. Fauchille v. 1, parte 1, p. 515; Anzilotti, p. 517 y sig). Para otros (como Kelsen, p. 545 y sig.; Guggenheim v. 2, ps. 63-64) la reparación no es consecuencia directa del delito sino de una obligación asumida en un tratado posterior al delito.

Y esta reparación constituye el único objetivo de la represalia, que se destaca por su finalidad limitada.⁶ Al contrario carece de tal limitación la guerra, cuyo objeto es llevar al enemigo a la capitulación.⁷ Estas faltas de limitaciones se destacan especialmente en las dos guerras mundiales, según demuestra Osgood.

B. Aspectos controvertidos del concepto

¿Tiene fundamento el concepto de sanción internacional? Dos clases de reparos fueron formulados contra él: uno por los iusnaturalistas y otro por los realistas.

Los primeros rechazan la opinión formalista, de que la existencia de la sanción sería la condición ineluctable del carácter jurídico de un orden normativo. Opinan que la juridicidad se expresa únicamente en la exigibilidad de las normas, en el hecho que —contrariamente a la moral— a cada deber jurídico corresponde el derecho, de otro sujeto de la sociedad, de exigir el cumplimiento de este deber. Sin embargo, la mayoría cumple los deberes que le imponen las normas jurídicas voluntariamente, de modo que las sanciones coactivas deben aplicarse tan sólo a una minoría recalcitrante, por lo general compuesta por elementos delictivos; por lo tanto los iusnaturalistas consideran que los positivistas, inclusive los formalistas, exageran la trascendencia de las sanciones coactivas. Los positivistas contestan que lo que distingue el derecho de la moral y otros ordenamientos normativos es precisamente *la posibilidad* de aplicar sanciones para esta clase de situaciones marginales.

Por otro lado, objetan los iusnaturalistas, que las sanciones son aplicables tan sólo hasta cierto límite jerárquico. El camarista no incurre en una sentencia injusta, por temor de que esta sea rechazada por la Suprema Corte. Pero no existe tal sanción para el ministro de la Suprema

⁶ Según algunos autores, la reparación sería la única forma posible de sanción convencional arbitral o judicial (Guggenheim V. 2, n. 81). En las sentencias relativas a los buques *Gartage* y *Manova* declaró el Tribunal Permanente de Arbitraje que la propia constatación del delito en una sentencia arbitral, constituye una sanción. Según la CPJI "la reparación" es un complemento indispensable de la no-aplicación de una convención (véase serie A, N° 9, 21). Sin embargo algunos árbitros dictan, además, penas; por ejemplo la Comisión Mixta Mexicano-Estadounidense, en el caso de *Janos*.

⁷ Guggenheim no da importancia mayor a la distinción entre la guerra y la represalia (1953-4, v. 2, p. 93).

Corte, para quien hay tan sólo una sanción de orden moral: la responsabilidad ante su propia conciencia. Si es tan limitado el alcance de las sanciones coactivas en el relativamente perfecto orden jurídico interno, esta limitación es mucho más amplia en el orden internacional, que es un orden primitivo, carente de órganos especializados y centralizados. Se trata de un orden en el que la aplicación de las sanciones está completamente distorsionada por el desdoblamiento funcional. Por lo tanto el d.i. debe ser complementado por la moral —por la “buena voluntad” a decir de Verdross— no solamente en el *órgano límite*, o sea en la cúspide, sino en el nivel de los simples sujetos, o sea en los Estados.

Los positivistas contestan que la coactividad es imprescindible para todo orden jurídico, incluso el primitivo, y por eso precisamente Kelsen admite una sanción tan tosca, aleatoria en su efecto (el infractor puede vencer al órgano descentralizado del d.i., quien intenta aplicarle una sanción), como la guerra.

Otra clase de reparos formulan a los *positivistas* los juristas que operan en la esfera de la realidad, en la dimensión sociológica. Unos sitúan el d.i. en el derecho de inordinación, tipo de derecho que desconoce en general las sanciones coactivas.⁸ Otros dan un concepto mucho más amplio —y menos preciso— al primitivismo del d.i.: éste se limitaría a proporcionar a los Estados un modesto *modus vivendi*. y ni siquiera podría ambicionar la realización de la justicia.

En 1941, publicó Gerhard Niemeyer, un libro bajo el significativo título de *Un derecho sin fuerza*.⁹ Rechaza terminantemente el concepto de sanción internacional, con una amplia fundamentación jurídica. Considera que la realidad internacional es ilegal (*unlawful*): “No existe en las relaciones internacionales ninguna legalidad fuera de la legalidad inmanente a los impulsos individuales de los estadistas”. Por lo tanto el d.i. está—y no puede dejar de estarlo—fundado en valores no morales; debe ser eficiente gracias a “su instancia intrínseca”; debe ser funcional, político. Es un “derecho sin fuerza”, o sea sin sanciones coactivas, y no puede ser otra cosa.

Kunz¹⁰ formula dos reparos contra la citada opinión de Niemeyer¹¹ una jurídica y otra política. Primero: como el derecho es una organización

⁸ Véase Halajczuk, op. cit. 1958, ps. 294-302; véase N° 134.

⁹ Encontramos allí ciertas observaciones bien claras, también con prescindencia a la materia desarrollada en el presente contexto.

¹⁰ Véase Kunz, 1960, p. 528.

¹¹ Véase Niemeyer, 1941, p. 328.

de la fuerza, el postulado de un derecho sin fuerza sería una contradicción de términos. Recordemos que el concepto del d.i. fue rechazado no solamente por Niemeyer y otros realistas sino también por iusnaturalistas. Kunz destaca el contexto histórico de la ubicación del libro de Niemeyer (1941). Casi todo el continente europeo se hallaba bajo la ocupación del III Reich.

Bien entendido, la citada coincidencia no debe exagerarse fuera del pensamiento jurídico nacional-socialista. Sólo expresaron pareceres análogos los realistas escandinavos y norteamericanos, según cita del propio Kunz.

Para Isi Foighel,¹² discípulo de Alf Ross es difícil imponer coactivamente la observación del d.i.; por lo tanto su tarea fundamental consiste en evitar los enfrentamientos entre las fuerzas de los Estados, por medio de la exhortación, mediación, persuasión. Comparte este parecer su correligionario norteamericano, Mac-Dougal: la tarea principal de la ONU es la conciliación y la mediación y no la función coercitiva.¹³

Ante las limitaciones que los sujetos se imponen a sí mismos por la ausencia de un poder internacional, se llega a procedimientos horizontales más formalizados, como la organización y los acuerdos internacionales. (Orden Jurídico horizontal).

Rechaza esta clase de opiniones Kunz, considerando que, por "horizontal" que sea un orden jurídico, siempre debe estar situado por encima de sus destinatarios (incluso si éstos lo aceptan tan sólo como pares); y que existe una diferencia fundamental entre un orden jurídico primitivo y un orden normativo que carece de juridicidad.

Para tomar una postura definitiva ante esta controversia, se necesitaría, según nuestro parecer, una investigación más detenida en el plano más genérico del derecho primitivo.¹⁴

¹² Isi Foighel L, *Nationalitation*, 1957.

¹³ McDougal y Feliciano: "Legal regulation of resort to international coercion: aggression and selfdefence in policy perspectives", en "Yale Law Journal" t. 68, de 1959, p. 1123, nota 192. El recíproco modelo de aseveraciones y defensas produce un equilibrio suficiente como para calificarlo de derecho. (McDougal "The impact of I. L. upon national law: A policy-inspired perspective" en "South Dakota Law Review", t. 4, de 1959, ps. 25-92). Y un partidario de McDougal, Falk, califica el d.i. de un orden jurídico "horizontal", que se manifiesta en la ausencia de toda subordinación coactiva.

¹⁴ Tan sólo la etnología jurídica comparada podría señalararnos el límite inferior del derecho tribal. Dónde terminan las imperfecciones imputables al primitivismo, la ausencia de órganos especializados y centralizados, y dónde empieza la ley de la

Sin embargo aquí cabe recordar una distinción que hemos señalado ya en la introducción a la presente obra entre el primitivismo y otras características del d.i. Los sujetos del d.i. son demasiado dispares, como para que resulte factible superar el desdoblamiento funcional, o sea crear órganos distintos de los sujetos-Estados y armarlos con una fuerza suficiente como para poder coaccionar a EE.UU.

De tal modo, el estudio de las sanciones internacionales, nos lleva a problemas especulativos fundamentales de la teoría del derecho. Enfrentamos el problema de la conciliación de dos características del derecho: de su coactividad (“organización de la fuerza”) y de su efectividad. Cabe recordar que, siguiendo la conocida distinción que señaló Rickert, la moral se halla en la esfera de la cultura, y el derecho en el deslinde entre la cultura y la naturaleza. Por lo tanto una norma moral conserva su vigencia, incluso si resulta constantemente violada. Al contrario una norma jurídica puede caer en desuso y, por consiguiente, perder su vigencia, si carece de observancia efectiva; si sus destinatarios no la acatan, sin desatar sanciones, o si su acatamiento no se impone coactivamente.

Señalamos esta antinomia, pero no pretendemos solucionarla: ella no pertenece a la ciencia del d.i. sino a la teoría o a la filosofía del derecho.

Hay dos clases de sanciones de la comunidad no organizada, que aplican los Estados como órganos descentralizados y no especializados del d.i.: la retorsión y la represalia.

C. Represalia y retorsión

En el derecho penal moderno las sanciones se limitan a la reclusión y la multa: en algunos países se aplica, además, la pena capital. La variedad era mucho mayor en el pasado, abarcando toda una escala de suplicios y agravios.

Según la opinión dominante, el d.i. carece de sanciones penales por lo tanto las sanciones son tan sólo medios de presión para lograr la reparación, a través de sanciones de tipo iusprivatistas.¹⁵ En las sanciones

selva pura y simple. Únicamente una confrontación con otras manifestaciones del derecho primitivo, o sea el derecho tribal, nos permitiría contestar si la guerra podría situarse dentro del concepto de sanción jurídica.

¹⁵ Son penales las sanciones internacionales contra el individuo: véase secciones 85 y 86.

internacionales se nota claramente el primitivismo del d.i. La escala de las sanciones es amplia, ilimitada, prácticamente librada a la imaginación del Estado sancionante, y, por otro lado, existe una simetría entre los delitos y las sanciones propias de la ley del talión.

Esta clase de sanciones son las represalias internacionales. Son actos que serían contrarios al d.i. si no tuvieran como único propósito forzar al otro Estado a desistir de su actitud violatoria del d.i.. Por ejemplo, es un delito el incautarse de un buque extranjero, pero no lo es si la incautación constituye un embargo, aplicado como represalia por la incautación anterior de un buque o avión del Estado sancionante.

Algunos internacionalistas¹⁶ buscan el origen de las represalias en las guerras privadas. La víctima de un daño, causado por un extranjero, se hacía justicia por la fuerza, ya sea a costas del mismo extranjero, ya sea de algún compatriota suyo, aunque fuera inocente, en virtud del principio de la responsabilidad colectiva, propia del d.i. como derecho primitivo.

Con el tiempo se marcó un progreso. Para que la represalia fuera legal, la causa debía ser investigada por el gobierno, el cual en caso positivo, otorgaba a la víctima de la injusticia, una "carta de represalia", que lo facultaba al corso, versión clásica de las represalias marítimas, que fue prohibida recién en 1856, por el Tratado de París.¹⁷ Se consideraba al corsario como órgano del Estado. De tal modo desaparecía el elemento de guerra privada de la represalia, que pasó a ser una relación de Estado a Estado.¹⁸

Las represalias pueden realizarse por comisión o por omisión. Por un lado toda clase de incautaciones o de embargos sobre los bienes que pertenecen al Estado sancionado o a sus nacionales, como por ejemplo los medios de transporte, fondos u otros haberes. Por otro lado la denuncia o el no cumplimiento de un tratado, la negación del pago de una deuda,

¹⁶ Como Scelle, 1944, p. 656.

¹⁷ Según el art. 67, párr. 22, nuestro Congreso es competente para "conceder patentes de corso", y no perdió esta competencia durante la reforma constitucional de 1957...

¹⁸ Profundiza este tema Podestá Costa, 1952. Según la definición que adoptó el Instituto de Derecho Internacional, en 1934 (p. 708), "Las represalias son medidas coactivas, derogatorias de las normas ordinarias del d.i. que toma un Estado en consecuencia de los actos ilícitos que cometió en su perjuicio otro Estado, a fin de imponerle el respeto del derecho, por medio de un daño". Constituyen, por ende, según Guggenheim (1953-4, v. 2, p. 84) "violaciones del derecho, excepcionalmente autorizadas".

el rechazo a comerciar, el boicot, etc. Todas estas represalias se efectúan sin recurrir a la fuerza.

Otra clase de represalias se llevan a cabo por medio de las fuerzas armadas, navales en primer lugar, el llamado bloqueo pacífico,¹⁹ la ocupación de un territorio o un puerto,²⁰ el bombardeo.²¹ Esas represalias ahora están prohibidas, junto con la guerra, por la Carta de la ONU, art. 2, párrafo 4.

Sin embargo, según observa Reuter,²² no siempre es clara la distinción entre las represalias (el citado autor habla de la coacción) armada y no armada. Cuando el Estado "A" detiene a todos los súbditos del Estado "B" que se encuentran en su territorio, no ejerce ninguna acción coercitiva contra su territorio ni sus órganos; sin embargo la detención implica un recurso a la fuerza, quizás incluso al uso de las armas. De tal modo puede presentarse una zona intermedia. Reuter señala un criterio distinto: "nos hallamos ante la coacción armada desde el momento en que el recurso a las armas va más allá de las operaciones internas de policía".

Para que la represalia sea lícita, debe corresponder a ciertas condiciones.

1) El hecho que otro Estado cometió un acto ilícito y niega su reparación, a pesar de que se lo comine a hacerlo.²³

2) La represalia debe ser proporcional al daño. El exceso de represalia constituye un delito y da lugar a contrarrepresalia.

3) Las represalias con recurso a la fuerza armada deben respetar las normas del derecho de la guerra.

Mientras duran las represalias se suspenden los tratados, cuya ejecución es incompatible con ellas.

¹⁹ Por ejemplo el bloqueo pacífico de Venezuela por las escuadras de las cuatro potencias europeas.

²⁰ Por ejemplo la ocupación de la isla de Corfú por Italia.

²¹ Por ejemplo el bombardeo de Almería por un acorazado alemán, en represalia por el ataque de las fuerzas armadas gubernamentales españolas contra un buque alemán durante la guerra civil; un bombardeo se practicó también durante el bloqueo de Venezuela.

²² Reuter 1962, p. 287.

²³ Algunos autores (como Politis, 1939, ps. 9 y sig., Strupp, 1924,-9, V. 2, p. 349; Guggenheim, 1933-4, v. 2, p. 85) agregan como condición el agotamiento de las instancias internas. Ver también Verdross, 1963, p. 345.

La retorsión es un medio de presión conforme al d.i. aunque contrario a la equidad. Como este último concepto es harto vago, queda un margen amplio entre la conducta habitual del Estado, con un trato amistoso y equitativo de los demás, especialmente de los vencidos y de las naciones con quienes mantiene relaciones más intensas, y un trato estrictamente ajustado al d.i., sin ninguna clase de diferencias. Como sanciones de esta índole puede señalarse el retiro del "exequatur" a los cónsules del Estado sancionado; el retiro provisional del representante diplomático ("para consultas con el canciller"), quedando la representación en manos de un encargado de negocios interino; la ruptura de las relaciones diplomáticas; las restricciones a la entrada o el tránsito de sus nacionales; el rechazo de los pasaportes a sus propios nacionales para el respectivo país, etc.²⁴ Algunos autores²⁵ consideran como retorsión también la publicidad dada a un hecho ilícito del gobierno contra el cual está dirigida la medida.

Entre la retorsión y la represalia pueden plantearse casos ambiguos. Por ejemplo el rechazo de las visaciones de tránsito sería una represalia, y no retorsión, si el Estado se comprometió a otorgar esta clase de visaciones, por un tratado.

Una opinión hondamente arraigada en la doctrina imputa a la retorsión una especie de simetría: sería la reacción por un acto conforme al d.i. pero no a inequidad, contra otro acto de la misma índole. No corresponde a este esquema el conocido incidente de Eichman: los agentes secretos de Israel secuestraron a este individuo, violando gravemente la soberanía territorial argentina y, por ende, el d.i. La Argentina reaccionó con la ruptura de las relaciones diplomáticas.

Según Kelsen,²⁶ la retorsión no es una sanción porque no admite el recurso a la fuerza en el caso de resistencia, pero en los tratados y los manuales de d.i., la retorsión figura por lo general entre las sanciones.²⁷

Discusión en cuanto a la naturaleza de las represalias: Siendo la

²⁴ Esta retorsión aplicaba el gobierno argentino anterior a 1955 al Uruguay durante épocas estivales, como sanción contra la tolerancia de las críticas que los exiliados argentinos expresaban a través de los diarios y las radioemisoras uruguayas.

²⁵ Verdross 1963, p. 345.

²⁶ Kelsen, p. 25. Parece compartir este criterio Guggenheim, quien no contempla la retorsión dentro del marco de las sanciones, sino que se limita a definirla como acto poco amistoso, sin carácter ilícito, en 1953-4, v. 2, p. 2.

²⁷ Por ejemplo Reuter, 1962, p. 286; Fenwick 1965, ps. 635-6; Rousseau, 1966; pár. 731, Verdross, 1963, p. 345.

represalia la reacción ilícita frente a un acto ilícito, en la doctrina contemporánea se propone un concepto restringido de esta sanción. Es decir que sólo se admite como reacción contra un hecho ilícito que viola una norma diferente de la infligida por el hecho ilícito mismo, lo que excluye el incumplimiento de una obligación similar, idéntica o equivalente. Se trata de medidas horizontales, de reacción de un Estado ofendido contra su ofensor (entre pares). En cambio, la sanción es la reacción de un organismo internacional, y tiene sentido vertical.

Jurisprudencia: La CIJ ha establecido que: “la primera condición —*sine qua non*— del derecho a ejercer represalias es que haya un motivo proporcionado por un acto previo, contrario al derecho de gentes” (Caso Naulilas). En un nuevo caso también sostuvo que “... la represalias consiste en un acto que, en principio, es contrario al derecho de gentes, no están justificadas sino en la medida en que han sido provocadas, por otro acto igualmente contrario a ese derecho (Caso Cysne).²⁸ .

Es decir que existe una opinión generalizada en cuanto a que la existencia de un hecho ilícito es un requisito indispensable para justificar la represalia.²⁹

Otras sanciones: En la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la AG de la ONU, cuando se decidió codificar el tema de la responsabilidad internacional de los Estados, se definió el acto sancionador como “toda conducta perjudicial para los intereses del Estado autor del hecho punible tendiente a la consecución de fines de reparación, punición y quizás prevención prevista por el derecho internacional o simplemente no prohibidas por él”.³⁰

La CDI tuvo en cuenta la estrecha relación entre la función de las sanciones y la efectividad o incluso la existencia del derecho internacional.

Contramedidas: Este término engloba la generalidad de las medidas a que cabe recurrir para hacer cesar o reparar un acto ilícito, como puede ser el bloqueo de los fondos, el embargo, y otras sanciones económicas.

Suspensión y terminación de los tratados- La máxima “*inadimplenti non est adimplendum*”. Se trata de medidas de reciprocidad en el marco de un tratado.

²⁸ Ibid., pág. 1057

²⁹ Así lo manifestaron los Estados participantes en la Conferencia de Codificación de La Haya, de 1930.

³⁰ Forlati Picchio, L., *La sanzione nel diritto internazionale*, Padua, 1974, p. 40. citado en tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados del relator especial Gaetano Arangio Ruiz.

Jurisprudencia internacional: En el caso relativo al acuerdo de los servicios aéreos, el tribunal arbitral, sostuvo que "Las contramedidas posibles van de la terminación formal de un acuerdo en caso de violación grave a la suspensión provisional de los derechos correspondiente de la otra parte mientras siguen en vigor los demás derechos y obligaciones".³¹

La *autodefensa* es hacerse justicia por propia mano, y hoy todavía constituye la regla en el d.i. No obstante, no puede consistir en la amenaza o en el uso de la fuerza, como lo aclaró la CIJ en el caso "Actividades Militares y Paramilitares contra Nicaragua"³². La única excepción es la respuesta a un ataque armado, es decir el ejercicio de la *legítima defensa*.³³

Medidas de reciprocidad: Hay dos tipos de reciprocidad, el que tiene lugar en circunstancias exactamente iguales, y el que se da por equivalencia es decir cuando no hay identidad de circunstancias. Para otros autores la reciprocidad se manifiesta cuando la acción y reacción ilícitas se sitúan ambas en el contexto del tratado, cuyo incumplimiento será justificado (máxima *inadimplenti non est adimplendum*.).

La *condición de reciprocidad* por la cual se otorga un determinado trato especial a otro Estado o a sus súbditos, a cambio de que el mismo tratamiento se otorgue al Estado propio y a sus súbditos. Si se viola ese compromiso la otra parte puede reaccionar. Es decir que la reciprocidad constituye la base jurídica interna para adoptar contramedidas.³⁴

111. Sociedad internacional organizada

Como las sanciones que acabamos de examinar, son consecuencia inevitable del primitivismo del d.i. y del desdoblamiento funcional, tenían que desaparecer al superarse esta diferencia. Efectivamente, desde su aparición, la organización universal reivindica el derecho de

³¹ Como ha dicho la Comisión de Derecho Internacional, la violación de una obligación de un tratado, como la de cualquier otra obligación, puede dar nacimiento a un derecho de la otra parte a adoptar represalias no violentas, y esas represalias pueden muy bien afectar a los derechos que corresponden en virtud del tratado a la parte que ha convenido a su obligación. Este principio generalmente reconocido representa una de las sanciones más importantes que reconoce el derecho internacional, a saber, la reciprocidad."

³² CLJ, "Nicaragua c/ EE.UU.", sent. del 27/6/86, Recueil, 1986, p. 88

³³ Ver Sección XXVI.

³⁴ Benedetto Conforti, op. cit. p.462.

aplicar las represalias con y sin el recurso de la fuerza armada; y la ONU incluso pretende monopolizar este recurso a la fuerza. Por su parte la SDN intentó la aplicación de un nuevo tipo de sanciones desconocido en la sociedad internacional no organizada: el no-reconocimiento.

A. Sociedad de las Naciones y Organización de las Naciones Unidas

Según el Pacto de la SDN (art. 10), cualquier guerra ilícita iniciada por un miembro de la SDN debía considerarse como un acto bélico dirigido también contra los demás miembros. El artículo 16, preveía sanciones de dos clases: económicas (ruptura de relaciones comerciales y financieras entre el Estado agresor y los demás miembros de la SDN) y militares (ayuda armada a la víctima); las primeras eran obligatorias pero no las segundas.³⁵

La Carta de la ONU no prohíbe la guerra sino el uso o amenaza de la fuerza (art. 2, apartado 4, de contenido análogo al art. 10 del Pacto de la SDN), con tres excepciones: la legítima autodefensa (art. 51), las medidas colectivas dentro del marco de la ONU, con el objeto del mantenimiento o restablecimiento de la paz (art. 39 y sig) y las medidas contra los Estados vencidos en la segunda guerra mundial (art. 106).

El capítulo VII de la Carta de la ONU (arts. 39 a 51) precisa la actitud del CS en una triple alterativa: a) de amenaza contra la paz, b) de violación de la paz y c) de agresión. El artículo 42 autoriza al Consejo a “ejercer por medio de las fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que considere necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacional”. Esta acción puede comprender “demostraciones, bloqueos y otras operaciones a cargo de las fuerzas aéreas, navales o terrestres de miembros de la ONU”. El artículo 43 obliga a los Estados miembros a poner a la disposición del Consejo “las fuerzas armadas, la ayuda y las

³⁵ Hubo dos intentos, en 1921 y 1924, de ampliar estas obligaciones, pero no se consiguió un suficiente número de ratificaciones. El art. 16 sólo fue aplicado contra Italia, a consecuencia de la agresión a Etiopía, en 1935.

Como el Pacto de la SDN y el de Briand-Kellog se referían a la guerra, los Estados realizaban las represalias, intervenciones en defensa de sus intereses, sin declarar la guerra. Por ejemplo, Italia comenzó la conquista de Abisinia bajo el pretexto de un choque fronterizo en Ual-Ual. No declaró la guerra ni siquiera rompió las relaciones diplomáticas. Tampoco declaró la guerra Japón, al proceder a la conquista de Manchuria bajo el pretexto de la persecución de los bandoleros manchúes que habrían cometido atropellos contra el territorio japonés.

facilidades, incluso el derecho de paso que sean necesarios para mantener la paz y la seguridad internacional". El CS establece los planes para el empleo de la fuerza armada, con ayuda de un Comité de Estado Mayor.

En un informe del 30-4-1947, el comité de Estado Mayor trazó los principios generales de organización de las fuerzas armadas puestas a disposición del CS por los miembros de la ONU. Pero la URSS paralizó los trabajos posteriores del comité, admitiendo un ejército internacional muy reducido.

De tal modo el empleo de las fuerzas armadas en las relaciones internacionales queda centralizado en el CS. Pero en el caso de que alguno de los miembros permanentes de éste ejerciera el derecho de veto, la tarea pasa a la AG, que sólo puede recomendar a los Estados miembros que dirijan sus fuerzas armadas contra el agresor.

La ONU no ejerció estas funciones efectivamente, durante el sistema bipolar. Recurrió repetidas veces a la constitución de sus fuerzas armadas para operaciones meramente policiales. Una sola vez se llevó a cabo una sanción que implicaba el uso de la fuerza al reprimir la agresión de 1950 en Corea, pero lo hicieron por intermedio de las fuerzas estadounidenses.³⁶

Hasta la guerra del Golfo, durante el último cuarto de siglo, la ONU no había intervenido ni una sola vez *manu militari* contra la agresión o el quebrantamiento de la paz, pues le faltaba una condición fáctica y otra de orden jurídico.

Para ejercer la competencia reservada al CS en los arts. 41 y 42 se necesita el voto unánime de los miembros permanentes, cosa que sería factible tan sólo en el caso de que la agresión no fuera ejecutada ni inspirada (agresión "por procuración") por ninguna de las grandes

³⁶ De los 60 Estados que en aquel entonces eran miembros de la ONU, enviaron sus tropas, por lo general reducidas, 16 Estados; 33 Estados miembros, además de otros 5 que todavía no pertenecían a la Organización, prohibieron en 1951 exportaciones a China continental y Corea del Norte. Cabe agregar que la Asamblea General aplicó reiteradamente sanciones de otra índole. En 1946, prohibió el ingreso a los organismos internacionales a España, por su actitud durante la Segunda Guerra Mundial, y llamó a los Estados a retirar a sus embajadores de Madrid. Este intento, propuesto por Francia, fracasó. En 1965 recomendó la ruptura de las relaciones diplomáticas con Portugal por la represión armada de los movimientos de emancipación en las colonias portuguesas. En 1948, recomendó el embargo de armas y materiales de guerra a Bulgaria y Albania, que apoyaban a los guerrilleros comunistas en Grecia del Norte. En 1963, hizo una recomendación semejante contra la República Sudafricana y después impuso el boicot comercial a Portugal.

potencias. Por lo tanto el Consejo sancionó sólo a los Países Bajos por una agresión contra Indonesia, a pesar del armisticio.

Incluso en el caso de lograr el CS la unanimidad, igualmente no podría ejercer las competencias que le confiere la Carta, pues carece de una fuerza armada. Los miembros de la ONU se comprometieron a poner a disposición del Consejo fuerzas armadas por medio de un convenio especial (o convenios especiales, de acuerdo al art. 43 de la carta), pero éste nunca ha sido firmado.

Los corifeos de la escuela de Viena, Kunz y Verdross, admiten expresamente una limitación a la primacía de la carta. No debe olvidarse, escribe Kunz, que las normas de d.i. particular como las de la carta, están también bajo la norma de la efectividad, si tales normas no pueden prevalecer, son válidas las normas del d.i. general. Concretamente, "si el CS está paralizado y no se puede llegar a determinar la existencia de un acto de agresión y a tomar las medidas necesarias, en tal caso la legítima defensa individual y colectiva será de hecho una guerra". Coincide con él Verdross: "Si por falta de votos suficientes (según el art. 27/3) el CS no logra decisión alguna y tampoco la AG logra detener al agresor, seguimos en el campo de las medidas de autotutela, que quedan limitadas tan solo por las normas del derecho de la guerra".

Además de la agresión, el quebrantamiento de la paz y la amenaza a la paz, el CS también tiene la facultad de recurrir a las sanciones contra el Estado que no acata una sentencia de la CIJ.

B. Organizaciones regionales

Según el sistema americano de consulta, la OEA puede adoptar una o más de las medidas que taxativamente enumera el art. 8° del Tratado de Asistencia Recíproca (firmado en Río en 1947): a) retiro de los jefes de misión; b) ruptura de las relaciones diplomáticas; c) ruptura de las relaciones consulares, d) interrupción parcial o total de las comunicaciones en general; e) empleo de la fuerza armada.³⁷

La aplicación de estas medidas es obligatoria para todos los Estados que han ratificado el tratado (México violó este deber al no aplicar las medidas decididas por la Novena Reunión de Consulta en 1964 contra Cuba).

³⁷ Véase, además el N° 101.

Respecto a éstas es necesaria una aclaración. Según el art. 20: "Ningún Estado está obligado a emplear la fuerza armada sin su consentimiento". Recalcamos que las demás que se adopten se hacen obligatorias para todos los Estados cuando el Órgano de Consulta los adopta por los 2/3 de los votos de los Estados signatarios.

Según algunos autores (p. ej. Gómez Robledo) "la fuerza armada ha de emplearse únicamente para rechazar el ataque armado y sin excederse jamás de los términos de la legítima defensa: el Tratado de Río no constituye un sistema de sanciones colectivas, ya que esta es una atribución del CS de la ONU". Sin embargo, esta última opinión no era compartida por otros internacionalistas americanos, ante el problema que se presenta respecto a la eficacia del CS, cuyo procedimiento se paraliza como consecuencia del veto.

La Organización del Tratado de Varsovia aplicó dos veces las sanciones armadas (no estipuladas expresamente en el Tratado): en 1956 contra Hungría, por haber denunciado la afiliación al Tratado, y en 1968 contra Checoslovaquia, por haber emprendido ciertas reformas que, según el parecer de otros miembros de la organización, no eran compatibles con el sistema marxista-leninista. Abordamos este caso en otro contexto.

La URSS tomó unilateralmente la medida contra Hungría, que fue avalada *ex post* por la Organización del Pacto (Polonia se adhirió con varios meses de atraso) y China, pero no por Yugoslavia. La medida contra Checoslovaquia fue decidida y ejecutada por los miembros de la organización, con abstención de Rumania.

C. No reconocimiento

Entre las sanciones de d.i. de la época intermedia entre las dos guerras mundiales, figura el no-reconocimiento, ideado por el Secretario de Estado estadounidense Stimmson y expuesto en su nota de 7-1-1932.

Se trataba de una aplicación del principio del derecho romano *ex injuria ius non oritur*, vale decir "un derecho no puede nacer de una injusticia". Como la agresión es ilegal, no transfiere la soberanía territorial sobre una región anexada al agresor quien sigue siendo un mero ocupante. De tal modo, Stimmson creía poder disuadir al agresor, quitándole de antemano los frutos de su victoria.

La doctrina de Stimmson es la reacción contra la anexión de Manchuria por el Japón, disfrazada detrás de un Estado títere denominado el reino de Manchukuo. Fue aceptada por la Asamblea de la SDN, por la

resolución del 11-3-1932: "Los miembros de la Sociedad de Naciones se comprometen a no reconocer ninguna situación, ningún tratado, ningún acuerdo, que pueda obtenerse por medios contrarios al Pacto de la Sociedad de las Naciones o al Pacto de París".³⁸

No podría sostenerse que el d.i. positivo desde ya se opone al reconocimiento de una adquisición territorial efectuada por la fuerza. Jumeau también cree que "no basta calificar un hecho de ilegal para impedirlo". La negativa de reconocimiento considerada en sí, nos proporciona una solución satisfactoria a los conflictos originados por la violación de un derecho: tiene un gran alcance moral y es lamentable que no haya demostrado una mayor eficacia práctica.

"Si la guerra continúa —escribe Brierly a propósito de la doctrina Stimmson— los territorios continuarán siendo anexados, de facto, y si el derecho se niega a reconocer de jure una situación establecida de facto, que es incapaz de cambiar, sólo evidenciará su impotencia su falta de realidad. Es difícil suprimir permanentemente lo que siempre se aceptó como los resultados jurídicos y normales de las guerras y para eso no basta negarse simplemente a reconocer los hechos que desaprobamos". También Scelle juzga que había algo de irreal, de ficticio e incluso de pernicioso para la eficacia del d.i., en la negación del reconocimiento de facto, desde el momento en que no podía darse a dicha negativa ninguna eficacia nueva. Tan sólo veía aquí una tentativa fracasada de substituir el principio de legitimidad por el de necesidad (mejor dicho de efectividad, según nuestro criterio).

"Cabe soportar lo que no puede cambiarse"; esta máxima de Stowel expresa ciertamente la triste realidad, en el Estado actual del d.i., que todavía está muy lejos de realizar los principios de justicia y equidad.³⁹

³⁸ Esta nueva norma de d.i. positivo, no fue observada ni logró ningún resultado eficaz. Ante la anexión de Manchuria en 1932, las potencias se inclinaron ante el hecho consumado y reconocieron la nueva situación sino de jure, al menos de facto. "La sola persistencia de una situación semejante la consolida y tiende a transformarla en un Estado de derecho", opina al respecto François, y otros compartían su opinión. Se hace imposible mantener la ficción de la soberanía territorial del Estado desposeído y ya no resulta fácil considerar al territorio conquistado como un espacio vacío desde el punto de vista jurídico. La doctrina Stimmson puede ejercer cierta influencia moral, puede producir un efecto preventivo, pero, en la mayoría de los casos, "resultará inoperante ante el hecho consumado.

³⁹ François. 1938. ps. 77-73. Semejantes opiniones expresaron sobre la Doctrina Stimmson, Jumeau y Scelle (citadas por Halajczuk en 1950, ps. 73-75).

D. Fuerzas policiales de la Organización de las Naciones Unidas

Ante la ausencia de los acuerdos previstos en el art. 43 de la carta, y ante la falta de unanimidad entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, nunca podían aplicarse las sanciones armadas que prevé el capítulo VII (o sea los artículos 39 a 51) de la carta. La acción militar en Corea en 1950, en reacción a la agresión norcoreana con apoyo chino, no fue ordenada por el Consejo sino recomendada por la AG; por lo tanto carecía de carácter obligatorio. Prácticamente, la llevaron a cabo las fuerzas armadas norteamericanas, con pequeños contingentes de otras nacionalidades, y la ONU les prestó únicamente su bandera celeste. Con razón opina Joseph Kunz que esta no era, en el estricto sentido jurídico, una acción coactiva de la ONU; y que, más que un precedente era un acto aislado, que no se repitió durante los 20 años posteriores en la existencia de la organización hasta la guerra del Golfo.

El despliegue de las fuerzas armadas que fue llevado a cabo por la ONU no tuvo carácter estrictamente militar, coactivo, sino policial, preventivo, ajeno al capítulo VII de la Carta. Carece de un marco normativo fijo: una vez lo decide la Asamblea General, en virtud del art. 22 de la Carta; otra vez el Secretario General.

En octubre de 1956, Gran Bretaña y Francia realizaron un desembarco en Port Said (Egipto) y simultáneamente las tropas israelíes invadieron la península de Sinaí. Se retiraron, bajo la presión de los EE.UU. y la URSS. Para supervisar la suspensión de las hostilidades y la evacuación de acuerdo al compromiso asumido, creó la Asamblea General una fuerza de emergencia de la ONU.⁴⁰

En la mitad del año 1960 se desmoronó el orden estatal en Congo belga, apenas emancipado de la dominación colonial. Para proteger a los belgas contra asesinatos y otras violencias, los paracaidistas de esta nacionalidad realizaron una operación de autoprotección, que se calificó de "agresión". Ante el vacío del poder, las compañías mineras intentaron la secesión de la provincia de Katanga, bajo la presidencia de Tchombe; mientras que en el interior se constituyó el gobierno comunista de Gizenga. Existió el peligro de que el Congo se transformara en un foco de inflamación internacional. Para evitarlo, fue necesaria la evacuación de los paracaidistas belgas, pero no existían fuerzas congoleñas que los reemplazaran. El Secretario General autorizó —a pedido del CS— la creación de una "fuerza de la ONU en Congo" (ONUC), y para no herir las

⁴⁰ U.N.E.F. en iniciales inglesas.

susceptibilidades de los autóctonos, y no dar la impresión de un retorno disimulado al colonialismo, esta fuerza estaba compuesta en su mayoría de contingentes proporcionados por los Estados africanos. A Abisinia, el único Estado africano que preservó la independencia en la época del colonialismo, le tocó un papel primordial.

Además intervinieron las fuerzas de las naciones en algunas operaciones más modestas. Sistematizando todas esas operaciones, puede distinguirse:

1) Observación y vigilancia: en Grecia del Norte (en la época de los guerrilleros encabezados por Marcos, que recibía ayuda de los tres Estados comunistas vecinos), y en Palestina, Kashemira, Líbano, Laos, Jordania y Chipre.

2) Imposición, coactiva, de treguas: Palestina, 1949; Suez, 1956; Yemen, 1963, Chipre, 1964.

3) Restablecimiento del orden interno: Congo, 1960.

Fue desigual el número de los Estados que tomaron parte en la creación de esta clase de fuerzas y los efectivos de las mismas.⁴¹

E. Operaciones de mantenimiento de la paz

La ONU lleva organizadas 37 Operaciones de mantenimiento de la paz y misiones de observación desde 1948 a la fecha, supervisando los acuerdos de cese de hostilidades, dando asistencia humanitaria y alentando negociaciones de paz.⁴² El mayor interés por estas operaciones llevó a aumentar el presupuesto anual de las mismas de 230 millones de dólares en 1988 a 3.600 millones de dólares para 1995. También aumentó el número de las operaciones ya que en 1995 se llevaron simultáneamente a cabo 16.⁴³

⁴¹ En 1956, intervinieron en Suez 500 soldados que ofrecieron 24 países; 600 observadores patrullaban en 1958 la frontera entre Líbano y Siria; 30 observadores (pertenecientes a 10 naciones) actuaban en Cachemira; cerca de 150 en Palestina; 1.500 en Nueva Guinea Occidental, en 1962; 200 en Yemen, en 1963; 29 países ofrecieron sus tropas a la operación en Congo, que ejecutaron 19.000 soldados. Como la URSS y Francia se opusieron a la financiación de la operación congoleña, la misma significó para la ONU un grave déficit.

⁴² Entre 1988 y 1995 se instalaron 24 nuevas operaciones de mantenimiento de la paz; en los 40 años anteriores se habían efectuado 13 operaciones de ese tipo.

⁴³ A principios de 1995, unos 69.000 soldados, observadores militares y policías civiles de las Naciones Unidas, aportados por 77 países, estaban desplegados en

Se ocupa de conflictos que tienen ciertas características específicas:

1. Pueden ser internos o internacionales, y son más los internos que los segundos.

2. Combaten fuerzas regulares e irregulares.

3. Las víctimas pueden ser civiles o militares.

4. Las partes en el conflicto representan sus propios intereses.

Hay mayor demanda para que intervenga la ONU cuando se producen conflictos graves.

Evolución: La primera operación de mantenimiento de la paz fue la que tuvo lugar en Palestina por la que se creó el Organismo de las Naciones Unidas para la Vigilancia de la Tregua en Palestina (ONUVT) supervisó los acuerdos de armisticio entre Israel y sus vecinos árabes, en 1949, desarrolló sus actividades en 5 países: Egipto, Israel, Jordania, Líbano y Siria y tiene su sede en Jerusalén.

Otras de las operaciones de las Naciones Unidas son:

El Grupo de Observadores Militares de la ONU en la India y el Pakistán (1949);

La Fuerza de Seguridad de las N.U. en Nueva Guinea Occidental, de 1962/63;

La Fuerza de las N.U. para el Mantenimiento de la Paz en Chipre, establecida en 1964;

La Segunda Fuerza de Emergencia de las N.U. entre Egipto e Israel, de 1973/79;

La Fuerza de las N.U. de Observación de la Separación, establecida en las Alturas del Golán sirias en 1974;

La Fuerza Provisional de las N.U. en el Líbano, establecida en 1978.

El Grupo de Asistencia de las N.U. para el Periodo de Transición, Namibia de 1989 a 1990;

La Misión de Avanzada de las N.U. en Camboya, 1991/92, reemplazada por la Autoridad de Transición de las N.U. en Camboya, que completó su mandato en 1993;

Dos Operaciones de las N.U. en Somalía, 1992 y 1995;

varias zonas del mundo. Más de 720.000 soldados y miles de civiles han prestado servicios en las fuerzas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas desde 1948; casi 1.200 han perdido la vida durante su misión. En 1988 se le otorgó a la ONU el premio Nobel de la Paz.

La Fuerza de Protección de las N.U. en la ex Yugoslavia, en 1992.

La Misión de Asistencia de las N.U. para Ruanda, establecida en 1993.

Entre las operaciones de paz de mayor envergadura, cabe mencionar:

a) *Oriente Medio*. Desde su creación, el Estado de Israel estuvo en guerra con sus vecinos árabes: Egipto, Jordania, el Líbano y Siria. En 1949 se logró firmar acuerdos de armisticio que se observó hasta 1956. Frente a la nacionalización del Canal de Suez, Israel y luego Francia y Gran Bretaña, intervinieron militarmente contra Egipto. Ante la inmediata denuncia del caso ante el CS, por parte de Egipto se creó la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (FENU), que fue la primera fuerza de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas. Su retirada, en 1967 facilitó que se produjera la Guerra de los 6 días iniciada por Israel, que ocupó el Sinaí y la Faja de Gaza, la ribera occidental del río Jordán, Jerusalén Oriental, y parte de las Alturas de Golán (sirias). Con la Resolución 242 del CS comenzaron las negociaciones para facilitar esas negociaciones. En 1974 la Asamblea General reconoció a la Organización de Liberación de Palestina (OLP) como "el único representante legítimo del pueblo palestino". Recién en 1991 la A.G. pudo establecer requisitos indispensables para que continuaran las negociaciones:

Retirada de Israel de los territorios palestinos ocupados desde 1967, incluso Jerusalén, y de todos los demás territorios árabes ocupados;

Desmantelamiento de los asentamientos israelíes en esos territorios;

Garantía de seguridad para todos los Estados de la región dentro de fronteras seguras e internacionalmente reconocidas;

Solución del problema de los refugiados palestinos de conformidad con las resoluciones de la Asamblea General; y

Garantía de libertad de acceso a los Lugares Santos y edificios y sitios religiosos.

Por su parte, la OLP e Israel se reconocieron mutuamente el 10/9/1993;⁴⁴

El 12/9/93 se firmó en Washington un acuerdo histórico que permitía la autonomía palestina, y la retirada de Israel.⁴⁵

⁴⁴ El reconocimiento mutuo entre Israel y la OLP fue el resultado de las negociaciones realizadas por Noruega.

⁴⁵ Entre Jordania e Israel en 1994, se firmó una declaración por la que terminaron el estado de guerra entre ambos países.

b) Namibia: El Grupo de Asistencia de las Naciones Unidas para el Período de Transición (GANUPT), establecido en marzo de 1989 para vigilar la transición de Namibia a la independencia de Sudáfrica mediante elecciones libres y justas, permitió garantizar la independencia de Namibia y la antigua Africa Sudoccidental el 21 de marzo de 1990.⁴⁶

c) Irán-Iraq: La resolución 598/87 sobre el conflicto entre Iraq e Irán contenía un plan de paz con un cese del fuego inmediato y la retirada de las fuerzas a las fronteras internacionalmente reconocidas. El Secretario General negoció un acuerdo en agosto de 1988, en cumplimiento del cual el Consejo de Seguridad creó un Grupo de Observación Militar de las Naciones Unidas sobre Irán e Iraq (UNIIMOG), compuesto de 350 observadores militares y su personal de apoyo para vigilar el cese del fuego e informar al Secretario General. En febrero de 1991 ya completada la retirada de las fuerzas, concluyó el mandato del UNIIMOG.

e) Corea: La Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación y Rehabilitación de Corea permaneció en el país hasta que fue disuelta por la AG en 1973. En 1974, la AG instó a Corea del Norte y del Sur a proseguir el diálogo destinado a facilitar la reunificación pacífica y eliminó la cuestión de Corea de su programa. Tanto la RPDC como Corea del Sur mantuvieron su condición de Estados observadores ante la AG hasta septiembre de 1991, en que ambas naciones fueron admitidas a las Naciones Unidas.

En marzo de 1993, la RPDC anunció su intención de retirarse del Tratado sobre la no proliferación nuclear (TNP). El Acuerdo de Salvaguardias que la RPDC había firmado en 1991 permitía al Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) inspeccionar sus instalaciones nucleares. La RPDC anunció su retirada luego de rechazar una petición de la OIEA para que se le permitiese inspeccionar dos instalaciones adicionales. El CS instó a la RPDC a que reconsiderase su decisión de retirarse.

Luego de negociaciones con los Estados Unidos, la RPDC anunció en junio que había suspendido su retirada. En diciembre, el Secretario

⁴⁶ La República de Namibia logró la independencia en 1990, luego de esa compleja operación administrada por las Naciones Unidas en la que participaron casi 8.600 personas de 124 nacionalidades, inclusive 4.500 soldados. El 23 de abril de 1990, Namibia se convirtió en el 160° Miembro de las Naciones Unidas, poniéndose así fin a un destructivo conflicto militar que había durado años y sentándose las bases para un esfuerzo acelerado hacia el desarrollo.

General visitó la península coreana para sostener conversaciones con los dos países sobre una serie de temas, incluso el nuclear. Negociaciones posteriores con los Estados Unidos condujeron al “convenio marco” de octubre de 1994 sobre una resolución amplia de la cuestión. Una serie de cuestiones pendientes se han seguido resolviendo merced a los contactos entre ambos países.

e) Iraq-Kuwait: En su respuesta a la invasión de Kuwait por Iraq el 2 de agosto de 1990, las Naciones Unidas utilizaron toda la amplia gama de opciones que dispone la comunidad internacional para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional: buenos oficios, sanciones, acción coercitiva, mantenimiento de la paz, asistencia humanitaria y una función pionera para la Organización en materia de desarme práctico.

Al ocurrir la invasión, las Naciones Unidas emprendieron inmediatamente amplios esfuerzos diplomáticos para lograr una solución pacífica de la crisis. El Secretario General se reunió con el Ministro de Relaciones Exteriores iraquí en agosto de 1990 y con el Presidente del Iraq en enero de 1991, y consultó con otros dirigentes políticos y partes interesadas.

F. Aplicación de las sanciones previstas en el Capítulo VII de la Carta

a) La Guerra del Golfo: En 1989 Iraq invadió a Kuwait alegando derechos históricos sobre parte de su territorio hasta la costa sobre el Golfo Pérsico.⁴⁷ En una serie de resoluciones el CS exigió la retirada de Iraq, impuso sanciones amplias y obligatorias contra Iraq y apoyó un bloqueo naval internacional conjunto para hacer cumplir esas medidas. La Res. 678/90 autorizó a los Estados miembros a apoyar a Kuwait para que “utilizasen todos los medios necesarios” (incluso el uso de la fuerza) para aplicar la Res. 660/90 (restablecer la paz y seguridad en la región). La ONU adoptó una medida coercitiva en los términos del art.42, y autorizó a algunos Estados a ejercer la acción conforme al art. 48. Iraq no acató las resoluciones del Consejo, por lo que las fuerzas de la coalición,⁴⁸ procedieron a expulsar a los iraquíes de Kuwait. Así es como tuvo lugar de manera lícita, la “Operación Tormenta del Desierto”, contra Damasco

⁴⁷ La invasión puso en juego también importantes intereses económicos con origen en la explotación y comercialización del petróleo del Golfo Pérsico de cuyo abastecimiento eran dependientes Europa, Japón y EE.UU.

⁴⁸ Las fuerzas conjuntas actuaron con autorización del CS pero no bajo la dirección ni el control de las Naciones Unidas

y las posiciones militares de Irak. Fueron tan fuertes las medidas contra ese país, que tuvo que ceder cesando las hostilidades el 27 de febrero de 1990.⁴⁹ La Res.687/91 constituyó un Tratado de Paz, que llevó a la firma del Memorándum de entendimiento. Como señala Gutiérrez Posse, el CS ejerció prácticamente todas las competencias otorgadas por la Carta para hacer frente a su responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales.⁵⁰ La ONU ha continuado ocupándose de las aristas no resueltas del conflicto.⁵¹ En marzo de 1998, ante la negativa del gobierno de Hussein a recibir a los inspectores destinados para controlar el desmantelamiento de arsenales químicos y otras armas prohibidas, el Presidente Clinton de EE.UU. amenazó con pedir al CS y a la ONU la aplicación de sanciones para Irak. Los buenos oficios del Secretario General impidieron la agravación del conflicto.

b) El caso Yugoslavo: Ya fue analizado en la Sección correspondiente a Sujetos, y a sucesión de Estados por fraccionamiento. Luego de la muerte de Tito en 1974, empezó a agrietarse el débil entendimiento impuesto por el puño fuerte del caudillo, existente entre las 6 Repúblicas y las 2 provincias autónomas (Kosovo y Voivodina) que la constituían. La guerra interna que se desató, obligó a la Conferencia para la Cooperación y Seguridad Europea a exigir el cese del fuego, el 6/7/91, y a suspender la ayuda económica a Yugoslavia, así como el embargo de venta de armas. Mientras tanto, Macedonia también se declaró independiente generando nuevos conflictos, por lo que el CS en la Res.752 de 1992 definió la situación como una “amenaza a la paz y a la seguridad internacional” (art. 39 de la C.O.N.U.), y decidió aplicar un embargo general y completo de armas y pertrechos militares contra Yugoslavia, de conformidad al

⁴⁹ A Irak se le aplicó la máxima sanción internacional que consiste en el uso de la fuerza para obligarla a restituir territorios ilegalmente anexados. Ni el Consejo de Seguridad, ni la comunidad internacional no organizada fueron mas allá. La prueba es que Hussein continúa gobernando ese país.

⁵⁰ Gutiérrez Posse, op. cit., p. 238.

⁵¹ Las misiones realizadas después del cese de las hostilidades fueron: 1) la Misión de Observación de las Naciones Unidas para el Iraq y Kuwait (UNIKOM (abril 1991); 2) la Comisión de las Naciones Unidas de Demarcación de la Frontera entre el Iraq y Kuwait. (Mayo de 1991); 3) Desde abril de 1991 la Comisión Especial de las Naciones Unidas (UNSCOM), junto con el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA) ha completado la destrucción de las enormes existencia de armas químicas del Iraq; 4) Desde agosto de 1992, la Comisión establecida para administrar el fondo de Indemnización de las Naciones Unidas para las víctimas de la invasión Iraquí.

Cap. VII de la C.O.N.U. Pero el problema continuó agravándose, y de un conflicto civil pasó a internacionalizarse cuando la Comunidad Europea reconoció la independencia de Eslovenia y Croacia, aplicando el principio de autodeterminación de los pueblos. Pese al intento del CS de brindar una solución global al conflicto mediante la Res. 743 de 1992, el ejército yugoeslavo, en su mayoría serbio ocupó territorios de Croacia, Bosnia y Herzegovina. Por esa resolución se creó la UNPROFOR para la aplicación del derecho humanitario en la zona. La Res. 752 del CS exigió el cese del fuego y declaró inaceptables cualquier cambio de fronteras por la fuerza. En lectura fina esto podía significar que las fronteras europeas ya no serían intangibles, al menos por vía de acuerdo.⁵² También se ordena un embargo económico. Nuevamente el CS tuvo que encarar la cuestión cuando se pronunció sobre la incorporación de la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) en calidad de miembro de la ONU y en sucesión de la antigua Yugoslavia. El CS admitió que este último país había dejado de existir. El genocidio y la lucha continuó agravándose, por lo que el CS mediante la Res. 816 de 1993 autorizó a todos sus miembros a tomar todas las medidas necesarias (incluso el uso de la fuerza armada) para asegurar el cumplimiento de la prohibición de vuelo sobre Bosnia y Herzegovina. En el conflicto también se hizo necesaria la participación de la OTAN la que el 9/2/94 autorizó a sus fuerzas a brindar apoyo militar a la UNPROFOR. En julio y agosto de 1998 se reavivó el problema racial en Kosovo, donde los serbios masacraron a los albanos con la intención de desplazarlos de la región. Ello provocó la intervención de la OTAN que amenazó bombardear las tropas serbias si no se retiraban.

112. Neutralidad

A. Sanciones contra los neutrales

La violación de los deberes de neutralidad suelen ocurrir con mayor frecuencia en la guerra marítima. Por lo general los beligerantes las aplican recurriendo al derecho de presa: la captura, el embargo y la confiscación son reacciones normales contra el transporte de contrabando de guerra, la asistencia hostil, o la violación del bloqueo.

Cuando la responsabilidad es controvertida, los beligerantes tienden a eludir el arreglo arbitral. Hay pocos precedentes jurisprudenciales en la materia. El más importante es el arbitraje del Alabama el cual no se refiere a la guerra internacional sino civil, la que como consecuencia del

⁵² Ver Gutiérrez Posse, op. cit. p.248.

Unidas en el mantenimiento de la paz y la seguridad. En efecto, a partir de esa época se aumentaron considerablemente las tareas de mantenimiento de la paz, la supervisión de elecciones, el respeto por los derechos humanos, la verificación de desarme y la repatriación de refugiados. En ese orden de ideas es que el Secretario General preparó un importante informe con ideas para mejorar la capacidad de las Naciones Unidas, conocido como "*Un programa de paz*".⁵⁶

El Primer Ministro del Reino Unido, John Major⁵⁷ dijo en 1992: "La ausencia de guerra y conflicto militar entre los Estados no garantiza en sí la paz y seguridad internacional. Las fuentes no militares de inestabilidad en las esferas económica, social, humanitaria y ecológica se han convertido en amenazas a la paz y la seguridad."

Estos conflictos no militares han dado lugar a numerosas Operaciones de Mantenimiento de la Paz, dentro de las facultades atribuidas por la Carta a la AG y al CS, especialmente a éste último en el Capítulo VI. Pero como aclara Gutiérrez Posse, una Operación de Mantenimiento de la Paz tiene como característica el consentimiento de las partes involucradas, no se trataría nunca de una sanción internacional, decidida por el CS y serían propias de un subsistema de coordinación en el que la cooperación es la regla".⁵⁸ A estos últimos supuestos nos referimos en esta sección. Según la Carta, el CS tiene facultad para determinar que una situación configura una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz, o un acto de agresión y en consecuencia puede ejercer las competencias que le atribuyen el Cap. VII decidiendo medidas coercitivas que comporten o no el empleo de fuerzas armadas. Se trata en este caso de aplicación de sanciones, para las que no interesa el consentimiento del sancionado. Se trata de un subsistema de cuasi-subordinación.⁵⁹

113. Guerra

A. Sanciones colectivas

Como en el derecho de neutralidad, también en el derecho de guerra,

⁵⁶ Véase notas sobre "Un programa de paz" en la página 17.

⁵⁷ John Mayor, se desempeñó como presidente de la sesión en la cumbre del Consejo de Seguridad.

⁵⁸ Gutiérrez Posse, Hortensia: "Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva", Zavalla, Bs.As., 1995, p.290.

⁵⁹ Op. cit., p. 291.

tenemos que tomar como punto de partida la vinculación de las sanciones con la responsabilidad internacional.

De acuerdo al artículo 3° del convenio sobre las normas y los usos de la guerra terrestre, los Estados beligerantes serán responsables por todos los actos ilícitos que cometieron las personas pertenecientes a sus fuerzas armadas. Esta norma se extendía también a la guerra marítima y sería aplicable también a la guerra aérea. La acción de reclamación no es posible durante el estado de guerra, y la consiguiente ruptura de las relaciones diplomáticas, por lo tanto puede ponerse en marcha recién al realizarse la conferencia de paz; pero en aquel momento solamente pueden plantearse las reclamaciones a los vencidos, y no a la inversa.

Y como en principio, hasta la fase final de la guerra cada Estado beligerante espera vencer, sería completamente ilusorio el efecto disuasivo del citado artículo 3°. Para que las normas y los usos de la guerra sean acatados, es preciso que el Estado beligerante tenga presente que en el caso de violación de esas normas, corre el riesgo de sufrir sanciones inmediatas.

Tiene el mismo sentido que las represalias del derecho de la paz, la violación de una norma del d.i. como sanción de otra violación anterior. Pero la escala de la aplicación de esta ley del talión resulta mucho más reducida porque como las relaciones se limitan a la hostilización, la única represalia posible es la transgresión de alguna norma del derecho de la guerra. Aquí está la diferencia, sustancial, con las represalias del derecho de la paz, que deben observar estrictamente las normas del derecho de la guerra, incluso si recurren al uso de la fuerza como el bloqueo pacífico o la ocupación de una porción de territorio del Estado sancionado. No vale este principio para el caso de las represalias del derecho de la guerra porque éstas consisten precisamente en la no observancia deliberada de alguna norma del derecho de la guerra.

Únicamente algunos principios de este derecho deben quedar intactos. Al aplicarse la represalia del derecho de la guerra, están prohibidas las represalias contra los prisioneros de guerra (convenio de Ginebra de 1929, art. 3°) y los civiles (convenio de Ginebra sobre la protección de los civiles en tiempo de guerra, art. 33). Además de las citadas normas convencionales, la jurisprudencia ha reconocido otras: las represalias no pueden violar las leyes de la humanidad⁶⁰ y no pueden ser desproporcionadas con el delito sancionado.⁶¹

⁶⁰ Esta prohibición tiene vigencia absoluta según fue comprobado en el caso de Dosler. Tampoco es admisible la violación de las leyes de la humanidad, según comprueba la sentencia en el caso de Kappler (Tribunal Militar de Roma, el 20-7-1948).

⁶¹ Casos de List y de Rauter.

B. Sanciones individuales

El art. 3º del citado convenio sobre guerra terrestre responsabiliza al Estado beligerante por los actos ilícitos que cometan los particulares que integran sus fuerzas armadas. Esto es natural, teniendo en cuenta que es únicamente una persona física quien puede tratar mal al prisionero de guerra, o rechazar la asistencia médica al enemigo herido. Solamente algunas normas del derecho de guerra pueden ser violadas por el propio Estado, por sus órganos responsables, como por ejemplo, la orden de hundir a los barcos mercantes por los submarinos, o de colocar minas flotantes. Por lo tanto otros artículos del nombrado convenio imponen expresamente al Estado beligerante la obligación de sancionar a sus soldados, que, en un territorio enemigo ocupado, destruyen o deterioran las instituciones de culto, de beneficencia, de enseñanza, los monumentos históricos, las obras artísticas o científicas (art. 56 apartado 2); a quienes tratan mal a los combatientes heridos o enfermos, hacen el pillaje, abusan de la insignia de la Cruz Roja o de bandera (art. 28 del convenio de Ginebra de 1906 y el 21 del 10º convenio de La Haya).

Cada Estado era sólo competente para determinar la infracción y aplicar la sanción correspondiente a sus propios soldados, pero con el tiempo se arraigó la opinión de que el Estado beligerante tiene la facultad de sancionar las infracciones a las leyes de la guerra no solo cometidas por sus propias tropas, sino también por los soldados enemigos. Este principio fue afirmado por la jurisprudencia norteamericana al terminar la segunda guerra mundial.⁶²

Ya el tratado de Versalles acusó a los autores de la guerra y en particular al emperador Guillermo II, de una "ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados" (art. 222). Quedó abierta la cuestión de si la responsabilidad moral del soberano es la auténtica responsabilidad jurídica. Los artículos 228 a 230 del tratado de Versalles obligaron a Alemania a entregar a los aliados a las personas acusadas de haber violado las leyes y los usos de la guerra, a fin de que los juzguen los tribunales militares de las potencias victoriosas.

Sin embargo, el gobierno holandés negó la extradición del emperador alemán que se había refugiado en su territorio, invocando la no aplicación de la extradición a los delincuentes políticos. De los 896 criminales de

⁶² En los tratados de paz suele incluirse la cláusula de amnistía por delitos cometidos durante la guerra: por ej. el art. 11 del Acta Final del Congreso de Viena (Fenwick, 1965, p. 758, nota 25).

guerra reclamados por los aliados a Alemania en 1920, sólo 45 fueron juzgados y 9 condenados por el Tribunal Supremo alemán de Leipzig; los vencedores renunciaron a la extradición de los culpables, ante la firme negativa de Alemania. Tampoco fueron cumplidas otras demandas de extradición elevadas en 1922.⁶³

En varias oportunidades durante la segunda conflagración mundial, los aliados dirigieron, reiteradamente, solemnes advertencias a las potencias del Eje, respecto a las violaciones del derecho de guerra. Recordaban la responsabilidad a que se exponían. Tal acusación tuvo su formulación jurídica en la declaración de Berlín, del 5-6-1945 sobre la instauración de la autoridad suprema de los gobiernos aliados en Alemania y en la declaración de Moscú que señalaba los principios generales de la represión.

Se distinguían dos tipos de crímenes de guerra: los sometidos a la represión nacional por los respectivos Estados, y los acusados por la violación del derecho a la guerra, la preparación de la guerra de agresión, que eran sometidos a represión internacional o sea a la represión conjunta de los aliados.

Aunque ejecutada por distintos Estados, la represión nacional de los crímenes de guerra menores presenta marcados rasgos internacionales porque los tribunales nacionales realizan una verdadera función internacional, de acuerdo a la teoría del desdoblamiento funcional de Scelle.⁶⁴ Determinan la infracción y la sancionan según las normas jurídicas comunes. Otras normas internacionales encaminaban hacia la cooperación entre los Estados en la búsqueda y captura de los delincuentes; esta tarea quedaba a cargo de la comisión para la persecución de los criminales de guerra. Existían jurisdicciones especiales para la represión de los crímenes de guerra en distintos países vencedores.

Dos tratados proporcionan el funcionamiento a la represión internacional: el acuerdo de Londres del 8-8-1945, relativo al procesamiento y castigo de los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje, y otro acuerdo del 19-1-1946 relativo al Extremo Oriente. Estos textos aseguraron la represión de los crímenes de

⁶³ Fenwick 1965, ps. 759-760; Rousseau 1966, par. 754. Según el art 29 del Reglamento de la Guerra Terrestre, se sanciona a los espías que adquieren y transmiten informes de la zona de operaciones. Pero están castigados los espías también fuera del teatro de operaciones. (Sentencia del 31-7-1942 en el asunto de Caso de saboteadores.)

⁶⁴ Véase N° 103.

guerra mayores, que fueron juzgados por los dos tribunales internacionales de Nuremberg y de Tokio. El primero dictó sentencia el 1-10-1946 y el segundo el 12-11-1948. Tenían el carácter de fallos definitivos sin recurso de apelación ni de revisión.⁶⁵

La responsabilidad por crímenes de guerra ha sido objeto de estudio por parte de la CDI de la AG, en su labor de codificación. La CDI distingue entre delitos y crímenes, siendo más graves los últimos. Frente a la gravedad de las violaciones del d.i. humanitario cometidas en las últimas guerras civiles, la ONU decidió establecer un Tribunal Penal Internacional.

⁶⁵ Exponemos esta materia en el N° 86.

SECCIÓN XXVI

LEGITIMA DEFENSA Y ASISTENCIA

114. Autodefensa. 115. Autoprotección. 116. Legítima asistencia y seguridad colectiva. 117. Control de los armamentos: A. *Evolución*; B. *Las convenciones sobre desarme*; C. *Principales tratados relativos al desarme*; D. *Ultimos acuerdos entre Clinton y Yeltsin*.

La institución de la legítima defensa se continuó aplicando en las relaciones internacionales de la comunidad internacional no organizada como único mecanismo de defensa en situación de peligro inminente o hecho consumado de agresión, según la definición del d.i.

En materia de aplicación de la legítima defensa colectiva, autorizada por el art.51 de la Carta de la ONU y por las organizaciones defensivas regionales, se ha constatado durante la guerra de las Malvinas, la total ineficacia del TIAR. En cambio se ha fortificado y ampliado la OTAN, con intervenciones en Yugoslavia, y con los pedidos de incorporación de los países del Este Europeo, incluida Rusia. El derrumbe del régimen soviético produjo a su vez la desaparición, al menos fáctica del Tratado de Varsovia.

En cuanto al desarme y al control de armamentos, también se han logrado considerables avances que han limitado la carrera armamentista del bipolarismo. El control de armamentos relacionado con armas prohibidas, como las químicas, encontró dificultades en el caso de Irak, pese a los resultados de la guerra del Golfo, lo que motivó nuevas resoluciones del CS y serias advertencias de EE.UU., pero la actuación del Secretario General de la ONU, Kofi Annan permitió superar un grave momento crítico. La histórica rivalidad entre India y Pakistán las llevó, en junio de 1998 a una sui generis y amenazadora competencia en materia de ensayos nucleares mediante el empleo de bombas. El CS tuvo que intervenir inmediatamente logrando detener la confrontación. La crisis llevó a un nuevo debate sobre utilización de la energía atómica que aún no se ha resuelto.

114. Autodefensa

Como el derecho interno, también el internacional reconoce a sus

destinatarios el derecho a la autodefensa. Sin embargo, en el orden interno es una facultad excepcional, para el caso de que la persona sea atacada en un lugar donde no hayan órganos de la fuerza pública del Estado, y mientras éstos no acudan porque el Estado ha monopolizado la coacción desde los principios de la edad moderna, prohibiendo las guerras privadas.¹ Carece de tal monopolio la comunidad internacional, que ni siquiera dispone de fuerza armada, junto a las fuerzas estatales, como en la edad media, en que el rey tenía un ejército, junto al ejército de sus vasallos.

El Estado es órgano descentralizado y no especializado del d.i. según explica la teoría de desdoblamiento funcional de Georges Scelle; por lo tanto, también sus fuerzas armadas pueden considerarse como parte de una fuerza pública descentralizada, carente de todo mando central, subordinada tan sólo al respectivo Estado-órgano. Por lo tanto la autodefensa² no se limita a la facultad de repeler la primera agresión, mientras acuda la fuerza pública, pues como la fuerza pública centralizada y especializada no existe, deben reemplazarla las propias fuerzas armadas del Estado agredido, llevando a cabo una guerra defensiva, hasta el fin. Hasta un fin imprevisible, por supuesto.

Recién la carta de la ONU intentó —en su artículo 51— asimilar la autodefensa internacional a la institución análoga del derecho interno, limitando su ejercicio tan sólo hasta el momento en que toma la represión del agresor el CS, con las fuerzas armadas que tendría para disponer.

Además del derecho de legítima defensa, un Estado neutral tiene el deber de la legítima defensa, de acuerdo a los dos convenios de La Haya de 1907, el 5º (art. 10º) y el XIII (art. 25º).

El derecho de legítima defensa tiene como fuente una norma consuetudinaria, que fue transformada en una norma escrita en el pacto Briand-Kellog y después en la carta de la ONU (art. 51). Quedó pendiente la cuestión del alcance preciso del nombrado artículo y especialmente la de saber si es un reconocimiento puro y simple de una norma consuetudinaria preexistente o la limitación de la misma.

¹ En el siglo pasado, renacieron las guerras privadas en forma de huelgas y *lock out's* arraigándose tan sólo las primeras.

² El adjetivo "legítimo" parece implicar un juicio de valor que no siempre se da en la práctica: incluso la conquista de Etiopía comenzó bajo el pretexto de legítima defensa contra una supuesta agresión abisinia, cerca de Oual-Oual. Por lo tanto preferimos el término "autodefensa", análogo al inglés *self defence*.

La legítima defensa no debe confundirse con la llamada defensa de los intereses, extensión normativa que formuló la reserva británica del Pacto Briand-Kellog.

No fue fácil elaborar una definición del agresor. Existe el peligro de las definiciones rígidas que al aplicarse a circunstancias imprevistas y hasta imprevisibles, puede llevar a la calificación de agresor a un Estado que en realidad no es culpable. Así ocurre con el criterio simplista que reduce todo a lo cronológico; en realidad no siempre es culpable quien dispara primero.

La definición de las guerras ofensivas y defensivas dio lugar a una honda controversia que se planteó sistemáticamente durante la conferencia de desarme de 1933, que fracasó. Resultaba difícil distinguir con precisión las armas ofensivas de las defensivas y se creía poder superar la dificultad definiendo previamente las guerras ofensivas y la agresión. Por lo tanto, fue elegida una comisión de juristas encabezada por el internacionalista griego Politis ("comisión de Politis").³

En 1954 la URSS propuso analizar un proyecto de definición bien elaborado, que fue el más discutido durante estos años de labor. Abarca esta definición 4 clases de agresión: 1) directa, por la guerra; 2) indirecta; 3) económica; 4) ideológica.

La agresión económica se manifiesta bajo la forma de presiones económicas que un Estado ejerce sobre otro a fin de imponerle su voluntad, y la ideológica consiste en una propaganda belicista en contra de un Estado. Estos dos puntos no necesitan por lo tanto aclaraciones mayores.

Pero las dos primeras clases de agresión merecen una extensa consideración. La directa coincide con la definición de 1933, vale decir, abarca 4 formas distintas de agresión mediante fuerzas armadas y es la única que da derecho a la legítima defensa.

Cabe mencionar la vinculación de la agresión con el colonialismo, que hace la doctrina soviética, con una acogida muy favorable en Asia y Africa. La sumisión de un país de ultramar bajo la dominación colonial constituía una agresión que perdura mientras se mantiene esta dominación. Por lo tanto, la potencia colonial es agresora, si un pueblo colonial se levanta, hace una guerra defensiva (las terceras potencias

³ La responsabilidad por la guerra contra Alemania recaería, según este criterio, en 1870 sobre Francia, en 1914 sobre Gran Bretaña y en 1939 sobre Francia y Gran Bretaña (Rousseau, 1966, pág. 723).

tienen el derecho a la legítima asistencia a su favor), y la represión del levantamiento constituye una nueva agresión.

La agresión indirecta coincide con lo que hoy en día se llama la agresión subversiva, en el lenguaje de la OEA, problema ampliamente debatido en la ONU y luego reanudado en el plano de la OEA.

Desde la aparición del régimen castrista se abordó el tema de la subversión en distintas oportunidades, pero por primera vez se elaboró este problema a nivel auténticamente jurídico en la 9ª reunión de consulta que se realizó en julio de 1964 en Washington. El relator de la comisión general fue el canciller argentino Miguel Angel Zavala Ortiz y la definición del concepto de agresión subversiva fue obra de él.⁴

Desde 1950 a 1957 la ONU intentó dar una definición del agresor. Estos esfuerzos se realizaron en su mayor parte en la sexta comisión de la Asamblea General de la ONU, que pidió la opinión de la comisión de d.i. (que es permanente). Abordó también esta materia el comité especial sobre las relaciones pacíficas entre los Estados, creado por la Asamblea General de la ONU en 1963.⁵

Finalmente el 14-12-74, la AG, aprobó la siguiente definición: "Agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial, o la independencia política de otro Estado, o en otro modo incompatible con la Carta de la ONU, como se asienta en esta definición".

El art. 2º se refiere al primer uso de la fuerza armada como prueba prima facie en acto de agresión, pero se deja librado al CS la calificación de la conducta. El art. 3º enuncia con carácter ejemplificativo una serie de conductas que se caracterizan como acto de agresión tales como invasión, ataque al territorio, ocupación total o parcial, anexión, bombardeo, bloqueo, utilización del territorio de un tercer Estado, envío de bandas armadas o grupos guerrilleros. El art. 5º califica a la agresión como injustificable y como crimen contra la paz internacional que origina responsabilidad. Declara además, que ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión puede ser reconocida en derecho internacional. Por el art. 7º se preserva el

⁴ La 9ª reunión de consulta despertó numerosos comentarios (en la Argentina, "Agresión Subversiva", por Halajczuk en *El Derecho*, t. 12, etc.).

⁵ Estos esfuerzos han fracasado por la desconfianza existente entre los Estados comunistas y los occidentales. Ni siquiera se ha llegado a un acuerdo sobre el tipo de definición si tiene que ser enumerativa, abstracta o mixta.

derecho a la libre determinación así como todos los derechos garantizados por la declaración 2625 sobre relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las ONU. En cuanto a su interpretación se adopta el criterio de la interpretación contextual (art. 8º).

115. Autoprotección

Como el Estado no es una persona física, tiene órganos que pueden encontrarse fuera de su territorio, ya en forma permanente (agentes diplomáticos y consulares, bases militares), ya sea temporal (visitas oficiales del jefe del Estado, ministros, barcos de guerra, etc.). Por otro lado los integrantes del pueblo organizado en Estado, pueden viajar por otros países o residir allí en forma temporal o permanente.

El Estado extranjero en cuyo territorio se encuentran tiene el deber de protegerlos, y si no está en condiciones o no está dispuesto a hacerlo, el Estado tiene la facultad de sustituirlo ejerciendo el derecho de autoprotección⁶ de sus órganos o ciudadanos que se hallan en el territorio extranjero. De tal modo el derecho de autoprotección puede considerarse como extensión del derecho de autodefensa a una persona moral que es el Estado.

En sentido más amplio, se extiende la institución de autoprotección a la reacción contra los peligros que amenazan el propio territorio del Estado desde el territorio de otro Estado, poniendo énfasis en el carácter subsidiario de la nombrada institución.⁷ En este orden de

⁶ Utilizamos la terminología de Verdross, quien considera la autoprotección como una de las formas de aplicación de autotutela. Otros internacionalistas denominan a la autotutela autoprotección y pasan por alto la existencia de la autoprotección como una aplicación específica de la institución genérica que es autotutela; por ejemplo Guggenheim, 1953-4. v. 2, ps. 243-247.

⁷ Además de personas, que se encuentran en el extranjero, el objeto de autoprotección puede ser también una parte del territorio, amenazada desde afuera, pero no por fuerzas controladas por el gobierno vecino. Por ejemplo durante la revolución mexicana, los Insurgentes del Norte, capitaneados por Pancho Villa, hacían incursiones en Texas, a fin de aprovisionarse. A las protestas de Washington contestaba el gobierno de México que él no controlaba a los insurgentes. EE.UU. mandó un cuerpo de caballería, bajo las órdenes del Gral. Pershing para que reprimiera a los insurgentes. Se realizó la expedición penetrando muy profundamente en el territorio mexicano, mucho más allá de lo necesario.

ideas, se cita el caso célebre del *Caroline*, barco estadounidense, que prestaba asistencia a los sublevados canadienses y por tal motivo fue capturado por los ingleses en 1837, en aguas jurisdiccionales de EE.UU. o del *Virginus*, barco de la misma bandera, que transportaba hombres, armas y provisiones para los rebeldes cubanos, y que fue capturado por los españoles en alta mar.

No compartimos esta interpretación y nos inclinamos hacia los autores que contemplan los dos casos últimamente citados a la luz de la legítima defensa anticipada, realizada con anterioridad a la consumación del acto agresivo. No consideramos esencial el hecho que la culpa de EE.UU. no consistía en la comisión de la agresión, sino únicamente en la omisión. Violó el deber de impedimento que impone la neutralidad como también la prescindencia de intervención ante la lucha civil desencadenada en un Estado extranjero. Admitimos como criterio distintivo entre la autodefensa y la autoprotección el objeto protegido, el territorio nacional en el primer caso, los órganos estatales y los nacionales en el segundo.⁸

Hubo numerosas aplicaciones del derecho a la autoprotección, en este sentido restringido. En 1900, los revolucionarios chinos, llamados *boxers* sitiaron el barrio diplomático de Pekín; por lo tanto una expedición militar internacional desembarcó en Tientsin a fin de liberar de la amenaza a las representaciones diplomáticas extranjeras. Son más frecuentes los casos de autoprotección otorgada a los ciudadanos.⁹

⁸ Halajczuk desarrolló esta materia en dos estudios inéditos: "El normativista y el neorrealista ante las situaciones inéditas" y "Agresión preventiva" (el primero presentado al Encuentro Internacional de la Ciencia Política en Rosario, y el segundo en Jornadas de Derecho y Relaciones Internacionales en Universidad de Belgrano, en 1971).

⁹ Ocurría reiteradamente en China, en la época en que aquel país estaba sumergido en la guerra civil. En 1927, dos buques estadounidenses protegieron a los nacionales de su país en Nankín, y en 1931 hizo lo mismo un navío británico. Se proporciona la autoprotección especialmente a los nacionales residentes en un país conmovido por una lucha civil y, por lo tanto, cuya aptitud para proteger las vidas de los extranjeros es dudosa. Durante la guerra civil española fueron enviados con tal propósito buques estadounidenses, franceses, italianos, británicos y alemanes. Los barcos estadounidenses cumplían esta clase de misión ante las situaciones revolucionarias que se producían en la región del Caribe. En 1965 la autoprotección fue el fundamento del desembarco norteamericano en Santo Domingo. La medida de mayor envergadura se realizó en 1960 por los paracaidistas belgas en Congo, que inmediatamente después de su emancipación se desintegró, no estando en condiciones de proteger a numerosos belgas contra masacres y violaciones.

La carta de la ONU reconoce el derecho a la autodefensa (en su art. 51) pero no a la autoprotección que, por lo tanto, cae bajo el concepto del uso ilegítimo de la fuerza.¹⁰ De tal modo la soberanía personal queda incondicionalmente subordinada a la soberanía territorial, cuya superioridad jerárquica no debe dejar lugar a dudas. El no reconocimiento del derecho de autoprotección puede fundamentarse en la *teoría de la comunidad de fortuna* que formuló, dentro de un contexto normativo distinto, Podestá Costa. No violó la carta la autoprotección belga en 1960: no fue dirigida contra el Estado congolés sino en un vacío carente de todo control estatal, el gobierno de Congo no incurría en ningún delito por comisión (no incitaba al maltrato de los belgas), ni por omisión (no les negaba protección), sino que simplemente no estaba en condiciones de cumplir su deber respecto a los extranjeros, dejando por lo tanto a Bélgica el derecho de actuar subsidiariamente. Pero cuando el gobierno indonesio de Sukarno violó manifiestamente los derechos de los residentes holandeses, los Países Bajos no se atrevieron a aplicar la autoprotección, aunque estaban en condiciones de hacerlo.

La autodefensa y la autoprotección se distinguen de las sanciones en sentido propio por su carácter preventivo y no retributivo. Como un individuo atacado, tampoco el Estado que recurre a la autodefensa se arroga la facultad de un órgano del d.i. competente para penar al agresor, haciendo observar el derecho.

116. Legítima asistencia y seguridad colectiva

Además del derecho de legítima autodefensa, cada Estado, como co-órgano de d.i., tiene el derecho de legítima asistencia a otro Estado agredido. El ejercicio de esta facultad, está organizado de antemano por vía convencional; le cabe una poderosa función disuasiva. El supuesto agresor tiene presente que, además de las propias fuerzas armadas del Estado agredido, tendrá que enfrentar las fuerzas de otros Estados, que le prestarán asistencia; y que, por consiguiente, evitará este peligro únicamente si su diplomacia logra de antemano neutralizar la disposición de otros Estados, de ejercer el derecho de asistir al agredido. La tarea era fácil porqué además de consideraciones morales y jurídicas, los Estados ejercían el derecho de asistencia en nombre de su propio

¹⁰ Viola el principio de igualdad. Pueden recurrir a esta medida tan sólo los Estados fuertes contra los débiles.

interés formulado de acuerdo al principio del equilibrio. Estaban interesados en impedir que el poderío de una potencia crezca excesivamente, gracias a las conquistas.

El ejercicio del derecho a la legítima asistencia puede canalizarse a través del sistema de seguridad individual o colectiva.

Tradicionalmente se aplicó el concepto de seguridad individual, ya que cada Estado gozaba de libertad de armarse y de contraer alianzas, a fin de unir sus fuerzas contra la amenaza común. Practicaban el derecho a la guerra, pues en aquel entonces se consideraba perfectamente lícito recurrir incondicionalmente a la fuerza incluso con fines ofensivos.

Este sistema organizaba la seguridad particular, estableciendo una relación de poderes militares entre los Estados o grupos de Estados.¹¹

El sistema de seguridad colectiva, descansa en la cooperación de los miembros de la comunidad internacional y tiene por objeto proporcionar seguridad a todos los Estados de la sociedad internacional y no sólo a los aliados. La aparición de esta nueva fórmula fue consecuencia del fracaso del sistema de seguridad individual y del estallido de la Primera Guerra Mundial. La libertad de armamentos propia de la paz armada condujo a una peligrosa carrera de armamentos y, por consiguiente, a la inseguridad general. Las alianzas suscitaban otras alianzas contrarias, paralizando al mundo y empujándolo a un conflicto internacional.¹²

Kelsen distingue dos niveles en la realización de la seguridad colectiva.¹³

El primero consiste en la obligación jurídica que deben tener todos los miembros de la comunidad para asistir a la víctima de un delito, mientras en el segundo nivel esta asistencia está a cargo de un órgano centralizado de la comunidad.

¹¹ Sin embargo en aquel entonces podían discernirse elementos de un sistema colectivo de seguridad en la institución de la neutralidad permanente. Las grandes potencias la garantizaban, considerando que la independencia de un Estado perpetuamente neutral correspondía al interés general, y por lo tanto merecía protección por parte de los terceros.

¹² Como observa Rousseau (1966, pág. 637), la neutralidad misma era un espejismo: EE.UU., a pesar de su firme vocación neutralista tuvo que abandonarla, bajo la presión de la realidad y, por otro lado, la neutralidad no protegió a Bélgica en 1914.

¹³ Kelsen, 1952. ps. 15-17

El primer grado, que corresponde a un orden jurídico primitivo, carente de órganos centralizados y especializados, fue intentado por la SDN.¹⁴ Al redactarse la carta de la ONU, se hizo un intento mucho más ambicioso: poner a disposición del CS una fuerza armada propia capaz de proporcionar asistencia al Estado agredido. Como el sistema ideado por los autores del Pacto de la SDN se mostró insuficiente, hubo intentos de mejorarlo mediante enmiendas en 1921 y en 1924, pero no se logró este objetivo.¹⁵ Para realizar este principio se elaboraron dos proyectos; el tratado de asistencia mutua y el protocolo de Ginebra

Por otra parte, la Asamblea de la SDN adoptó un protocolo que trataba sobre el arbitraje, la seguridad y el desarme, firmado en Ginebra en 1924.¹⁶

¹⁴ De acuerdo al art. 16 del Pacto de la SDN, todos sus miembros tenían la obligación de proporcionar asistencia a la víctima de una agresión, aplicando sanciones contra el agresor, y los tratados de Locarno restringían esta obligación a dos potencias garantes.

¹⁵ Por una resolución adoptada en 1922, la Asamblea de la SDN enunciaba el justo principio de que el Estado que se desarmaba debía recibir, de la comunidad internacional organizada, garantías suficientes de seguridad. Principio que no siempre se toma en cuenta al abordar el problema de desarme, según veremos en la siguiente sección. Concretamente, los miembros de la SDN debían comprometerse a proporcionar al Estado agredido una ayuda efectiva e inmediata de acuerdo con un plan fijado con anticipación.

¹⁶ Después del fracaso del tratado de asistencia mutua y del protocolo de Ginebra, se abandonó la idea de la seguridad colectiva en la esfera universal, o por lo menos continental. Se intentó un pacto regional para garantizar las fronteras occidentales alemanas. Con tal objeto fueron celebrados los tratados de Locarno, firmados definitivamente en Londres en 1925.

Se trataba de un tratado plurilateral llamado tratado de garantía mutua o pacto renano, celebrado entre dos garantes (Gran Bretaña e Italia) y las tres garantizadas (Alemania, Bélgica y Francia). Contenía un compromiso de no agresión de Alemania contra Francia y Bélgica y viceversa, y una garantía por Gran Bretaña e Italia de la no violación de la frontera germano-belga y germano-francesa contra cualquier agresión procedente de un lado o de otro. En el caso de una violación flagrante (ataque, invasión o violación a la zona desmilitarizada establecida en la orilla izquierda del Rin por el tratado de Versalles), los Estados garantes debían prestar ayuda inmediatamente al Estado agredido.

Después de la conclusión del tratado de asistencia mutua franco-soviética en 1935, el gobierno hitleriano denunció los tratados de Locarno en 1936 considerándolos incompatibles con la mencionada alianza. Alemania no aceptó la elevación a la CPJI del problema de la compatibilidad del pacto franco-soviético con el tratado de Locarno, no pudiendo darse una solución jurídica al conflicto.

Es un signo de notable madurez la vinculación de la seguridad colectiva con el desarme y, sobre todo, con la obligatoria solución pacífica de los litigios internacionales. Esto es lo que falta a la Carta de la ONU; por consiguiente, el art. 2º acápite 4º de la misma, se convirtió en una "*magna charla libertum* de los pequeños violadores del d.i.", al decir de Georg Schawarzenberger.

El capítulo 6º de la Carta de la OEA extiende la seguridad colectiva a nuestro continente se compone de dos artículos. El art. 27 se limita a la enunciación de una disposición anodina: la agresión contra un Estado americano (su integridad o inviolabilidad territorial, su soberanía o independencia política) se considerará como agresión también contra todos los demás Estados del hemisferio. Este artículo no impone la obligación de adoptar ninguna clase de medidas prácticas de legítima asistencia. El art. 28, que contiene un reenvío a los tratados especiales existentes en esta materia, o sea al tratado interamericano de asistencia recíproca (tratado de Río) de 1947, especifica las situaciones concretas de amenaza a la inviolabilidad del territorio o de la soberanía: 1) ataque armado; 2) agresión que no sea un ataque armado; 3) conflicto extracontinental; 4) conflicto entre los Estados americanos; 5) otra situación que puede amenazar la paz hemisférica.

Ante el fracaso del sistema de seguridad colectiva cuyo último intento lo constituían los tratados de Locarno, se volvió al sistema de la seguridad individual que los Estados realizan por medio de las alianzas. Por un intercambio de notas en 1936, Gran Bretaña y Francia se garantizaron recíprocamente contra una agresión no provocada. En la Segunda Guerra Mundial, se enfrentaron dos poderosas alianzas: los Aliados y el "Eje Berlín-Roma-Tokio".

El nuevo intento de seguridad colectiva de 1945, resultó ilusorio ante el estallido de la guerra fría, en 1947. Los Estados democráticos de Europa y América del Norte realizaron su seguridad por medio de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), con el cual quedaron vinculados el tratado del Medio Este y del Sudeste Asiático y en cierta medida, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca. A este sistema de alianzas occidental o prooccidental se le contrapuso la alianza del bloque soviético; la Organización del Tratado de Varsovia.¹⁷ De tal modo quedó sellado el retorno a la seguridad colectiva, pero esta vez ya no por medio de las flexibles alianzas de antaño, sometidas

¹⁷ Verenoni, 1966.

al libre juego del equilibrio de fuerzas, sino de compactos y herméticos bloques ideológicos. Finalmente perdió su cohesión a partir de 1989, el bloque comunista, quedando sin efecto el Pacto de Varsovia. Hoy la mayoría de las repúblicas que integraban la URSS y los países de Europa Oriental (ex-comunistas), han solicitado su incorporación a la OTAN.

En la materia que acabamos de señalar brevemente, se plantean una serie de problemas específicos: las organizaciones creadas para la defensa de una determinada región, ¿cabén bajo las disposiciones del cap VIII de la Carta, o solamente bajo el art. 51 de la misma? ¿Cabe plantearse la cuestión, si una determinada organización tiene el carácter de un acuerdo regional, o debemos preguntarnos si la adopción de una medida por dicha organización es un acto de autodefensa o una medida coercitiva?¹⁸

117. Control de los armamentos

A. Evolución

Cuando en los albores de la Edad Media, el Estado nacional monopolizó la coacción, prohibió a los señores feudales los ejércitos privados, y con el tiempo llegó hasta prohibir portar armas en forma individual sin autorización estatal. Si se hubiese logrado el concepto de seguridad colectiva de acuerdo a la carta de la ONU, mediante un CS operante (no paralizado por el "veto"), el Consejo tendría bajo sus órdenes una fuerza militar propia, como prevé el art. 43 y por cuyo intermedio podría sancionar al agresor. En tales condiciones los Estados necesitarían de sus fuerzas armadas "privadas" tan sólo para mantener la paz y la seguridad interna y, por lo tanto, habría de procederse a un progresivo desarme general. Pero bajo el sistema de seguridad particular imperante, la existencia de las fuerzas armadas nacionales tiene su fundamentación; por lo tanto no puede considerarse

¹⁸ El internacionalista mexicano Bernardo Sepúlveda realiza un análisis de los dos conjuntos de problemas que examinamos en el presente capítulo de nuestra obra y en el anterior. Reconocemos el elevado nivel de su investigación, aunque no coincidimos completamente con sus conclusiones relativas a la comparación de la Carta de la ONU con la de la OEA y TIAR (Foro Internacional N° 25-26, 1966, ps. 68.98).

a los armamentos como una amenaza para la paz. La Primera Guerra Mundial no era de ningún modo consecuencia fatal de la paz armada que la precedió y luego, a pesar de las tensiones de la guerra fría, la paz mundial quedó intacta desde el año 1947. Por lo tanto no es la prevención de la guerra la que fundamenta el desarme o por lo menos el control de los armamentos, sino su costo. En efecto con la aceleración y concreción de la medida de desarme que siguieron a la división del régimen soviético, se recuperaron grandes recursos financieros para la solución de angustiosos problemas sociales en distintas naciones, resultando beneficiaria directa la humanidad, y particularmente los países afectados por la carrera armamentista. Lamentablemente esa bonanza duró poco.

La expresión desarme carece de precisión terminológica, pues designa la limitación y la reducción de los armamentos (según la fórmula elegida en 1919 por el art. 89 del Pacto de la SDN) e incluso la supresión de los mismos mediante un desarme integral.¹⁹

El d.i. clásico admitía la libertad de armamentos pero ya antes de la Primera Guerra Mundial hubo tentativas de un desarme general en 1831, 1862, 1899, 1907, que terminaron en un completo fracaso.²⁰

El tratado de paz de Versalles tendía ante todo al desarme de Alemania, pero también tomaba en cuenta un desarme general, lo que expresaba el preámbulo en la 5ª parte: Para hacer posible el comienzo de una limitación general de los armamentos de todas las naciones, Alemania se compromete a respetar estrictamente las cláusulas referentes a las armas de mar y aire; y el art. 8º del Pacto de la SDN, aclaraba: los miembros reconocen que el mantenimiento de la paz exige que los armamentos se reduzcan al mínimo compatible con la seguridad nacional.

En 1925, el Consejo de la SDN encomendó a una comisión la preparación de una conferencia sobre desarme. La comisión se reunió el 15-2-1926, y trabajó durante 5 años en un proyecto de desarme que presentó el 9-12-1930. Sólo se preveían algunas ligeras restricciones en los armamentos, mientras Alemania debía mantenerse al nivel alcanzado por entonces. El proyecto fue rechazado por Alemania. Entonces

¹⁹ Es la única forma de desarme que aceptó Pekín como lo reiteró su representante en la Asamblea General de la ONU en 1971.

²⁰ El proyecto del desarme naval fracasó en 1908, 1911 a 1912. En aquel entonces la armada británica era la más poderosa, su tonelaje era igual al de las otras potencias que la seguían.

el Consejo de la SDN decidió el 24-2-1931, convocar una conferencia para la limitación y eliminación de los armamentos, que se reunió a principios de 1932 en Ginebra. Además de todos los países miembros de la SDN participaron EE.UU. y la Unión Soviética que no eran miembros.

La conferencia se desarrolló en un clima poco armonioso, porque no existía un genuino deseo de desarme, pero terminó por aprobar un proyecto presentado por Gran Bretaña.²¹

Según la Carta de la ONU la competencia en materia de desarme incumbe al CS.²² Este órgano tuvo que afrontar un problema inédito, el de las armas nucleares que en un principio fueron monopolio estadounidense, compartido luego por la URSS y en menor proporción también por Gran Bretaña, Francia, China, a las que se han agregado India, Pakistán e Israel.

La comisión de desarme se constituyó en 1947, enfrentándose desde el principio con esta división. El Occidente, encabezado por EE.UU., pedía 1) la publicación de la cantidad de armamentos actuales y la verificación de los mismos; 2) después, una reducción equilibrada de las fuerzas armadas, proporcional a las necesidades de los distintos países; 3) y recién al final la prohibición de los medios de destrucción

²¹ Gran Bretaña presentó un proyecto de desarme que preveía una reducción sustancial, aunque no total, del armamento internacional en el curso de 8 años. El proyecto sustituiría la parte 5ª del tratado de paz. En lo esencial preconizaba una fuerte reducción de los ejércitos regulares; por ej. 200.000 hombres para Alemania y Francia y 500.000 para URSS, con reducción de la conscripción a 8 meses, limitación del calibre de la artillería a 10,5 cm, y del peso de los tanques. También proponía tres años de pausa en la construcción de buques; diversas restricciones en el armamento naval; la prohibición total del bombardeo aéreo y una fuerte limitación de las armas aéreas, los gases, armas químicas y bacteriológicas, bombas incendiarias y lanza-llamas. A los 8 años, en forma gradual, Alemania se armaría hasta el nivel convenido por tratados por las otras grandes potencias. El proyecto fue aprobado por unanimidad el 8-6-1933, pero mientras tanto Hitler había llegado al poder y exigía que se le permitiese llegar inmediatamente al nivel de las demás potencias sin esperar una etapa de transición de 8 años.

²² Interrumpidas por la guerra de Corea, las conversaciones se reanudaron en 1954, pero no llegaron a ningún resultado positivo, a pesar de que los intereses de las dos superpotencias ya no eran tan contrapuestos, por cuanto la URSS tenía también armas nucleares e incluso, desde 1959, cohetes intercontinentales. La mayor dificultad se halla en el control: el espionaje era relativamente fácil en los EE.UU. pero prácticamente casi imposible en la URSS. Por lo tanto Washington temía que un desarme nuclear sin un eficiente control sería de hecho unilateral.

en masa, o sea los atómicos. Por el contrario, la URSS exigía: 1) primero la prohibición y fiscalización de las armas nucleares (todavía monopolio norteamericano); 2) la reducción de las fuerzas armadas y los armamentos de una tercera parte; 3) y sólo al final el público control de los armamentos.²³

No es de extrañar que los frutos de la labor del comité de desarme en esa época fueran magros y desproporcionados al tiempo gastado. Sus informes se limitan a veces—a decir de José María Ruda— a meras declaraciones de intenciones futuras.²⁴ Después de interminables debates se llegaba a anodinos acuerdos sobre el procedimiento que debía seguir el propio comité, y ni siquiera se ambicionaba el entendimiento sobre el propio desarme.

El resultado más espectacular en materia de limitación de armamentos, fue el *Tratado sobre prohibición de pruebas nucleares*, que es fruto de un entendimiento bilateral entre las dos superpotencias nucleares, quienes lo concluyeron en 1963, bajo el inmediato impacto de un enfrentamiento directo entre ellas en 1962, en aguas cubanas.²⁵ Para eliminar el peligro de que una Tercera Guerra Mundial se hubiese desencadenado por error o por accidente, se estableció en 1963 una "línea caliente" (hot line) que une directamente la Casa Blanca en Washington y el Kremlin en Moscú. La solución al angustioso problema de la limitación de los armamentos nucleares se buscó en las negociaciones entre EE.UU. y la URSS que se realizaron en Helsinki y después en Viena, en 1969 y 1970 respectivamente.

Durante los años de la guerra fría se dieron los siguientes pasos hacia la limitación de los armamentos:

1) En 1959, el Tratado de la Antártida que neutralizó este continente.

2) En 1963, EE.UU. y la URSS firmaron el tratado (al cual accedió la mayoría de los Estados; de las grandes potencias, no lo firmaron Francia ni China) sobre prohibición de las pruebas nucleares en la atmósfera, espacio ultraterrestre y debajo del agua (de modo que son lícitas tan sólo las pruebas bajo la tierra).

²³ Debate en la 1ª Comisión de la Asamblea General, véase Doc. A/C. 1/PV. 1628.

²⁴ Instalación de la cohetaría soviética en Cuba que provocó la llamada cuarentena como medida de defensa anticipada (véase Nº 114 y 64 A).

²⁵ Que completaría la prohibición en virtud del Tratado de Moscú de 1963 de las pruebas en la atmósfera.

3) En 1963, una resolución de la Asamblea General de la ONU (la N° 1884/XVIII) prohibió la instalación en el espacio ultraterrestre de armas nucleares y de otras armas de destrucción en masa. Ampliada, esta prohibición, fue incorporada al Tratado sobre el Espacio Ultraterrestre de 1967.

4) En 1967 fue firmado el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares en América Latina.

5) En 1968 se abrió a la firma el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Atómicas, que recogió numerosas adhesiones en 1969 y 1970.

En la sesión correspondiente a 1973, la AG adoptó dos resoluciones, ante una propuesta de la URSS por la cual se recomienda a los Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad que reduzcan sus presupuestos militares en un 10% al destinado para ese fin en 1973. Propone en consecuencia la creación de un fondo para la asistencia de los países en desarrollo, con lo obtenido en la reducción de los gastos militares.

Una de esas resoluciones fue la 3075 (XXVIII), por la que se propone al Secretario General un estudio detallado, con la colaboración de todos los gobiernos, de las consecuencias económicas y sociales de la carrera armamentista, con especial referencia a su incidencia en el desarrollo de las naciones, así como en la paz mundial y en la seguridad.

Para la realización de la Conferencia Mundial del Desarme, se resolvió la formación de un Comité Ad Hoc, constituido por los representantes de 40 Estados miembros no poseedores de armas nucleares, entre los que figura Argentina.

En cuanto a la política del desarme en Europa, desde 1954 la URSS y los Estados bajo su influencia propusieron reiteradamente la convocatoria de una conferencia paneuropea de seguridad, junto con la disolución simultánea de la OTAN y del Pacto de Varsovia, la evacuación de tropas extranjeras, etc. Occidente analizó estas ideas sin excesiva confianza. Recién en 1972 estas prevenciones se redujeron, a consecuencia de la tensión soviético-china, incluyéndose el tema de la reducción de armamentos en el programa de la conferencia paneuropea de seguridad y colaboración, iniciada el 22/11/72, en Helsinki y en las que se han celebrado hasta la desaparición de la URSS.

En cuanto a la prohibición de armas nucleares, algunos países han hecho caso omiso de la misma como la India, Pakistán e Israel.

La prohibición de las armas que pueden causar sufrimiento inne-

cesario o producir efectos indiscriminados, fue incluido en el temario de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados de 1974 y en la Conferencia de Expertos Gubernamentales, celebrada en Lugano, en 1976. En el transcurso de 1977, los europeos solicitaron a EE.UU. la proscripción de la bomba neutrónica capaz de provocar la muerte por radiación a todo ser viviente en un radio de 1200 metros del punto de impacto.

En cuanto a la implementación del tratado para la prohibición de las armas nucleares en América latina, llamado "Tratado de Tlatelolco", se firmaron dos protocolos adicionales, en los que se consagra la cooperación de algunos Estados nucleares en el respeto por la desnuclearización de América latina.

Otra zona desnuclearizada es el Océano Indico, respecto a lo cual la AG formuló la "Declaración del Océano Indico como una zona de Paz".

Lo propio ocurre con Africa. La Asamblea de jefes de Estado y de gobiernos de la Organización de la Unidad Africana (OUA) aprobó la declaración sobre la desnuclearización de Africa, en 1954. Además se intenta crear una zona libre de armas nucleares en la región de Medio Oriente (Resolución 3474-XXX), del 1/12/75 y una zona de desnuclearización en el Asia meridional, resoluciones 3476 A y B (XXX).

B. Las convenciones sobre desarme

Los acuerdos Start I (1991) y II (1993) celebrados entre EE.UU. y Rusia, para dismantelar las ojivas nucleares, y su Protocolo firmado en Lisboa, tuvieron la adhesión de Ucrania, país que también posee ojivas nucleares, por lo que su presencia le da más fuerza a los acuerdos. Por el Start II serán desactivados los sistemas de vectores estratégicos.²⁶

Como ya lo vimos al referirnos a la ONU, la organización cuenta con varios mecanismos que se ocupan del tema: la AG se ocupa del desarme a través de dos órganos en los que pueden participar todos los miembros: a) la Comisión sobre desarme y seguridad internacional

²⁶ En la Comisión de Desarme se resolvió continuar con el "Proceso de desarme nuclear en el marco de la paz y la seguridad internacionales, con el objetivo de la eliminación de las armas nucleares".

(1ra. comisión), b) la Comisión de Desarme de las Naciones Unidas, que es un órgano especializado.²⁷ A su vez, en forma autónoma funciona la Conferencia de Desarme, que es el único foro mundial de negociación sobre el desarme, y que está relacionada al sistema de la ONU mediante informes que rinde anualmente a la AG debiendo tener en cuenta sus recomendaciones. También se debe tener en cuenta al Instituto de las Naciones Unidas para la Investigación del Desarme (UNIDIR) que es autónomo. Fue creado en 1980 e investiga el desarme y la resolución de conflictos, entre otros temas. Además, en 1992 empezó a funcionar el Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas, que vigila la transferencia de armas.

C. Principales tratados relativos al desarme

Se han concertado los siguientes acuerdos relativos al desarme:

—El tratado sobre no proliferación de las armas nucleares (1970) piedra angular de los acuerdos nucleares, prohíbe la transferencia de tecnología de esas armas a los países que no las poseen, a la vez que facilita el intercambio de tecnología nuclear con fines pacíficos. También compromete a los Estados que poseen armas nucleares a negociar medidas para poner fin a la carrera de armas nucleares. El Tratado también establece un sistema internacional de salvaguardia, aplicado por el Organismo Internacional de Energía Atómica, cuyo objeto es prevenir que la energía nuclear destinada a fines pacíficos se use para fabricar armas nucleares. En mayo de 1995, el Tratado fue prorrogado indefinidamente por los 175 Estados partes que constituyen su casi universal membresía actual.

—La Convención sobre las armas químicas, que prohíbe la producción, uso y proliferación de armas químicas y dispone la destrucción de las reservas existentes, se concertó en 1992. En 1993 quedó abierto a la firma en Ginebra el Convenio que prohíbe el almacenamiento, adquisición y uso de armas químicas.

Control: A diferencia del TNP su carácter no es discriminatorio, ya que todos los adherentes comparten las mismas obligaciones. Está prevista la destrucción de armas químicas que será controlada *in situ*.

²⁷ En 1967 se firmó el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, del que la Argentina es parte por ley 24.448 (1995), al que Carasales calificó como "El Desarme de los desarmados".

La inspección puede incluir territorios no declarados, aspecto que innova sobre la OIEA que sólo puede inspeccionar sitios oficialmente declarados.

Se destaca el esfuerzo de crear un sistema de verificación de gran alcance. Este sistema choca en 1997 y 1998 con la resistencia de Irak al no permitir las inspecciones en su territorio.

—Los Estados Unidos y Rusia concertaron, en el curso de un año y medio, dos tratados sobre la reducción de sus armas estratégicas ofensivas (el START I en 1991 y el STAR II en 1993).

—El Tratado sobre la eliminación de las fuerzas nucleares de alcance intermedio y de alcance más corto (1987) establece numerosas obligaciones que los Estados que poseen y que no poseen armas nucleares acuerdan asumir en relación con las armas nucleares, los dispositivos explosivos nucleares y la energía nuclear.

—La Convención sobre Prohibiciones o restricciones del empleo de Ciertas Armas Convencionales que puedan Considerarse Excesivamente Nocivas o de Efectos Indiscriminados (1981) restringe o prohíbe el uso de minas (minas antipersonales) o trampas explosivas, armas incendiarias y armas que hieren o matan a sus víctimas por medios no localizables por rayos X en el cuerpo humano.

—La Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas y tóxicas y sobre su destrucción, 1972). Se considera que fue el primer acuerdo internacional encaminado a un auténtico desarme, es decir, a la destrucción de las armas existentes.

En abril de 1992 el Consejo de Seguridad reconoció por primera vez que la proliferación de armas de destrucción masiva constituía un peligro para la paz y la seguridad internacional. A partir de ese momento se dio luz verde para la prórroga indefinida del Tratado de No Proliferación (TNP). Después de la Guerra del Golfo pudo observarse como Irak, que lo había suscripto, no lo respetó.

Los países árabes sostenían que la prórroga indefinida del TNP sólo era aceptable si Israel se adhería al mismo.

Finalmente se llegó a una prórroga indefinida en 1995.

El Tratado de Prohibición de Ensayos Nucleares de 1996 constituye un instrumento fundamental para crear mejores condiciones de seguridad.

India y Paquistán no lo suscribieron. Trata de la realización de

pruebas de simulación y no todos los países cuentan con la tecnología adecuada.

Amenazas a los intereses de la seguridad: Para los países desarrollados, particularmente para los EE.UU., la no proliferación constituye la prioridad ya que ante la ausencia de una potencia capaz de encarnar la amenaza a la seguridad, los peligros provendrían de la presencia de armas de destrucción masiva en manos de poderes perturbadores.²⁸

Esos estados podrían desestabilizar una región. En ese grupo encontramos a Siria, Libia, Corea del Norte, Irak, Irán Paquistán, la India, Sudáfrica (que renunció a su programa nuclear) e Israel.

Para la administración Clinton los países dotados de capacidad nuclear que no comparten la lógica de la disuasión son considerados peligrosos, y en función de ese diagnóstico la suma de presiones, cooperación y amenazas son el eje de su política que a su vez incluye los esfuerzos del Pentágono orientados a la instalación de armas defensivas y al ataque eventual a los "Estados peligrosos". Es muy probable que el equilibrio nuclear haya llevado a la India y a Paquistán a actuar racionalmente y no desembocar en una guerra generalizada.

¿Qué lleva a los países a buscar el poderío nuclear?

La sensación de inseguridad, la búsqueda de símbolos de identidad, búsqueda de acceso al status internacional calificado.

Para obtener una visión global del problema que representa la proliferación de las armas, debemos tener en cuenta otras dos dimensiones además de las armas en sí: los actores y el transporte.

En cuanto a las armas, en un principio todo giraba en torno a las nucleares y no nucleares pero hoy debemos agregar las armas radiactivas, biológicas y químicas de efectos letales no menos considerable que las de destrucción masiva.

Los actores ya no están sólo circunscriptos a los Estados sino que la lista se ha completado con actores no estaduales como, por ej., grupos nacionalistas, sectas religiosas, organizaciones terroristas, la mafia, el narcotráfico, etc.

En cuanto al transporte de estas armas nucleares y no-nucleares, los aviones y misiles son los medios clásicos pero los que apuestan al

²⁸ Carlos Pérez Llana, "El regreso de la historia", Ed. Sudamericana, Universidad de San Andrés, Bs. As., 1988, pp. 300 a 309.

terror pueden utilizar otros medios menos sofisticados, como camiones o al simple ejercicio de esparcir en el aire o en el agua para sembrar el terror y la muerte en las grandes ciudades.

También debemos incluir en el problema la existencia en la ex Unión Soviética, de un verdadero bazar de armas y un conocimiento acumulado al cual pueden acceder los actores estatales y no estatales.²⁹

Y, oh paradoja de nuestro mundo cibernético, por Internet se puede acceder a los catálogos de armas que permiten contactar la oferta y la demanda en este rubro.

D. Ultimos acuerdos entre Clinton y Yeltsin

La política de control de armamentos tiene su principal hito histórico en la Conferencia de Reykjavic de 1985. Allí comenzó la etapa que culminaría en 1991 y que se conoce en las relaciones internacionales como "El Post Sistema Bipolar". Los principios de la seguridad europea consignados durante esa conferencia apuntaban a la coexistencia pacífica y al desaceleramiento de la carrera armamentista, como base y punto de partida del nuevo sistema de seguridad continental. También hay que destacar que los intereses en juego son regionales y que se toma a Europa Occidental y Oriental como una unidad. Es decir se cambia el enfoque, lo que hace posible empezar a superar las barreras ideológicas.

Terminadas las transformaciones políticas en el este europeo y triunfante el sistema democrático propio del modelo occidental, EE.UU. y Rusia continuaron con el desmantelamiento de sus arsenales nucleares, como habían acordado en la conferencia Salt I. En enero de 1997 los presidentes Clinton y Yeltsin consolidaron el control de armamentos y Rusia anunció al mundo que ordenaba que sus misiles dejaran de apuntar hacia las principales capitales de la OTAN. La medida se dispuso en el marco de los acuerdos a los que nos hemos referido pero también obedecían a la intención rusa de ingresar a la OTAN decisión que aún está pendiente de aprobación y que cuenta con el apoyo de EEUU. En setiembre de 1998, Clinton visitó nuevamente a Rusia, en medio de la crisis financiera y política más grave que afrontaba ese país desde que salió el comunismo. Como resultado de la cumbre se reiteró

²⁹ *Ibíd.*

la política de desarme y Yeltsin prometió apurar a la DUMA (Parlamento) para que apruebe los Acuerdos Salt II.

Consecuencias del desarme: La unificación alemana, producida el 3/10/90,³⁰ permitió que en el viejo continente se reabiera una nueva instancia para retomar los trabajos de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, la cual se produjo en noviembre de 1990 con la reunión de 34 jefes de Estado y de Gobierno. El resultado de la Conferencia fue la aprobación de la Carta de París para una nueva Europa, que le confiere a la Conferencia órganos propios de carácter interestadual, con lo que se avanzó a la institucionalización.³¹

³⁰ Las tropas se retiraron definitivamente el 18-6-94.

³¹ Este paso en materia de seguridad fue acompañado con el Tratado de Maastricht de 1991, que pretende establecer, además de la moneda única, una política exterior y de seguridad común.

SECCIÓN XXVII

GUERRA

118. El derecho de la guerra y su relación con el derecho de la paz: A. *El problema del sistema del d.i. y de la subdivisión de éste*; B. *Dos clases de normas para el derecho de la guerra*; C. *La revisión de la dicotomía paz-guerra y problema del Estado intermedio*. 119. Los límites temporales del estado de guerra: A. *El comienzo*; B. *La terminación*; C. *Rendición incondicional*. 120. Efectos jurídicos del Estado de guerra: A. *Ruptura de las relaciones diplomáticas*; B. *Tratados*; C. *Condición de los súbditos enemigos*; D. *Guerra económica*; E. *La guerra de las Malvinas*. F. *Conflicto fronterizo Ecuador-Perú*.

En las ediciones anteriores nos referimos a los aspectos doctrinarios del derecho de la guerra, a las nuevas modalidades que ésta había adoptado, como la guerra económica producida por los países productores de petróleo con las crisis de principios y mediados de los años setenta, y a la no aplicación de algunas fases de la guerra clásica como es el caso de la declaración de guerra.

En la presente edición analizamos un caso práctico que protagonizamos como argentinos: la guerra de las Malvinas.

118. El derecho de la guerra y su relación con el derecho de la paz

A. El problema del sistema del derecho internacional y de la subdivisión de éste

Las relaciones entre los Estados se rigen alternativamente por el derecho de la paz o el de la guerra. Normalmente, las relaciones entre la abrumadora mayoría de los Estados se hallan bajo el imperio del orden jurídico de la paz. Pero éste queda suspendido y es reemplazado por el de la guerra durante el Estado de beligerancia entre dos o más Estados, o sea desde el estallido de la guerra hasta la conclusión del tratado de la paz, momento en que el derecho de la paz recobra su

vigencia. Podría decirse que el sistema de d.i. se subdivide en dos "subsistemas".¹ Desde el punto de vista analítico, los dos subsistemas están vinculados entre sí, por la misma clase de fuentes (las consuetudinarias y las convencionales), los mismos sujetos, etc. Por lo tanto, para nuestro propósito (que es el establecimiento de la relación entre los dos subsistemas) recurrimos a otro concepto de sistema: el teleológico.² A la luz de este criterio se cuestiona si la finalidad no es un factor suficientemente esencial como para poder proporcionar coherencia a un sistema, y necesario como para fundamentarlo. En un auténtico sistema jurídico, no deben subsistir normas con fines incompatibles.

Orientado a esta finalidad, que es llevar al otro Estado a la capitulación, por lo tanto a dañarlo, el derecho de la guerra se distingue esencialmente del derecho de la paz, cuyo fin es la convivencia pacífica entre los Estados. Concretamente:³

1) El derecho de la paz protege a los Estados contra el aniquilamiento, el sometimiento y la mutilación del territorio, y a los individuos contra la destrucción deliberada y organizada, en masa, de vidas y bienes.

2) El derecho de la guerra, por su parte, renuncia al primer objetivo y restringe el segundo, limitándose a proteger al hombre contra los sufrimientos y destrozos gratuitos.

En las décadas del setenta y ochenta, se observó, que los avances en la coexistencia y hasta el entendimiento de las superpotencias, se basaba en última instancia en el mutuo temor lo que nos permite afirmar que en ese entonces tenía plena vigencia la tesis del "Estado intermedio", a la que aludía Halajczuk.

Desde la Segunda Guerra Mundial el mundo viene asistiendo a numerosas guerras internacionales y a guerras nacionales que han

¹ Halajczuk desarrolló este concepto en 1963, v. 4, ps. 345-350.

² Salvo los formalistas extremos (que reducen el derecho a un conjunto de proposiciones hipotéticas) no se pone en duda el carácter práctico de la disciplina jurídica y el carácter finalista del derecho que, teniendo una tarea concreta que cumplir, no puede carecer de una finalidad. La cuestión controvertida entre las distintas escuelas es si esta finalidad debe quedar al arbitrio de la voluntad del legislador (positivismo voluntarista), o de su intelecto (racionalismo) o si, por el contrario, se fundamenta en valores suprapositivos: en un orden natural (iusnaturalismo tradicional), en un determinismo sociológico (sociologismo), etc.

³ Verdross, 1963, ps. 329-330; véase N° 121 A. En este sentido creemos poder interpretar, por ejemplo, la estructura que Verdross da al derecho de la guerra: una norma fundamental (es lícito todo lo que puede llevar al adversario a la capitulación), y tres excepciones.

puesto en peligro la paz internacional.⁴ Desde el punto de vista del derecho internacional no se han producido modificaciones profundas. El hecho jurídico más destacable es la firma y puesta en vigencia de los protocolos de Ginebra de 1977. No obstante en el orden de las relaciones internacionales han sucedido algunas guerras que cambiaron o influenciaron en el cambio sufrido en las relaciones de poder entre las naciones. Por ejemplo la guerra de Vietnam fue para EE.UU. lo que la resistencia afgana fue para la URSS. En ambos casos pequeños países con pueblos aguerridos derrotaron a superpotencias impidiéndoles el cumplimiento de sus designios.

El sudeste asiático en sólo diez años cambió su fisonomía política de procomunista a prooccidental: Camboya, Laos, Tailandia. Y tan sólo otros diez años después, a partir de la década de los noventa esos mismos países daban otro vuelco espectacular convirtiéndose en adalides del desarrollo en el libre mercado, mereciendo algunos el nombre de Tigres Asiáticos o Nic's.

Donde las guerras posteriores a los años setenta se manifestaron mas cruentas fue en África. Allí las luchas tribales no reconocen aún límites éticos, nacionales ni de fronteras. Tal fue el caso de Ruanda, Burundi, Etiopía, Eritrea, Somalia, y Kenya.

En Europa central el desmembramiento yugoslavo desató una interminable y cruel guerra civil entre las distintas naciones, etnias y religiones que componen el tejido social de ese país. Estos dos ejemplos, las guerras en África y en Yugoslavia demuestran que las causales de las guerras contemporáneas trascienden lo político para ahondar en las diferencias y en las intolerancias raciales, religiosas y culturales.

En ese contexto la guerra de Las Malvinas constituye un retroceso en el tiempo a la época en que los conflictos territoriales se dirimían por la fuerza.

B. Dos clases de normas para el derecho de la guerra

A primera vista, el derecho de la guerra tendría que abarcar solo las normas relativas a la conducción de la acción bélica, es decir, las que imponen ciertas limitaciones (por ejemplo, la obligación de un trato humano a los prisioneros de guerra, los náufragos y los heridos, la

⁴ En esta sección abordamos las guerras internacionales y las nacionales en la Sección XXX.

prohibición del bombardeo de hospitales, de obras de arte, etc.). Pero además de estas normas, el derecho de la guerra abarca todo un conjunto de normas que reglan las relaciones entre los Estados beligerantes durante la guerra.

Debemos tener en cuenta que el estado de guerra posee dos conceptos completamente distintos: uno militar y otro jurídico.

Desde el punto de vista militar, hay guerra cuando se lucha. Pero puede lucharse sin que exista el estado de guerra en sentido jurídico y viceversa. Por ejemplo, la Argentina estuvo en estado de guerra con Alemania (1945) sin haber disparado un solo tiro. El estado de guerra se expresa en la ruptura de las relaciones diplomáticas, la confiscación de los bienes de los enemigos y toda una serie de medidas de orden exclusivamente jurídico que no pueden ocurrir en el estado de paz pero que son normales en el estado de guerra.

Por otro lado puede ocurrir —como dijimos— que se luche sin que exista guerra. Por ejemplo, durante la invasión japonesa a Manchuria, el gobierno japonés pretendía que estas operaciones no eran otra cosa que una acción contra los bandidos; una especie de acción policial con uso de las fuerzas armadas. El gobierno chino aceptaba, por ciertas consideraciones, esta ficción y no declaraba la guerra aunque se trataba de una auténtica guerra en sentido militar, pero no en sentido jurídico. En los años 1938/39, hubo otra auténtica guerra en la frontera entre la Manchuria bajo la ocupación japonesa y la Mongolia exterior (que fue un satélite soviético) sin ninguna declaración de guerra. Por eso cabe aclarar que cuando hablamos del estado de guerra, lo hacemos en sentido jurídico.

Las normas relativas a las hostilidades no se aplican tan sólo a la guerra, sino también a las hostilidades de toda índole durante el Estado de paz; a las represalias con uso de la fuerza, a los conflictos fronterizos sin declaración de guerra, a las luchas civiles en los casos de reconocimiento de la beligerancia, o a la insurrección.

C. La revisión de la dicotomía paz-guerra y el problema del Estado intermedio

En la doctrina tradicional, reina el concepto dicotómico: existe tan sólo un derecho de la paz y un derecho de la guerra. Sin embargo, desde la Segunda Guerra Mundial se vislumbra en la doctrina la consideración de la posibilidad de un concepto tricotómico: paz, guerra y estado

intermedio entre la paz y la guerra. El primero que ha formulado esta opinión ha sido Schwarzenberger en 1943 y, diez años más tarde, replanteó el mismo tema el internacionalista norteamericano Jessup, pero ya dentro de un contexto distinto y con diferentes conclusiones.

Schwarzenberger publicó en 1943 un artículo titulado *De iure pacis ac belli* tomando premeditadamente el título de la obra maestra de Grocio, que replantea la doctrina de este autor, señala que a veces ocurren ciertas situaciones que no pueden ubicarse dentro de ninguno de los dos estados. Por un lado la guerra no declarada puede considerarse como una paz que persiste a pesar de las hostilidades o como un estado de guerra. Otra situación similar se plantea en el caso de la lucha civil con reconocimiento de beligerancia que para unos es una guerra civil y para otros no. (Véase N^o 131).

En 1954 Jessup aborda este mismo tema, pero lo hace de un modo completamente distinto; aunque toma como punto de partida el mencionado artículo de Schwarzenberger lo aplica a la calificación de las relaciones entre las potencias comunistas y occidentales.⁵ Para él, las relaciones entre los Estados Unidos y la Unión Soviética no corresponderían al estado de guerra ni al de paz, sino a un estado intermedio. Este concepto, meritorio desde el punto de vista doctrinal, ha sido compartido por algunos internacionalistas,⁶ pero sólo unos pocos lo han tratado.⁷

Jessup llega a la conclusión de que el Estado intermedio entre la guerra y la paz tuvo lugar bajo dos condiciones. La oposición entre los bloques era demasiado amplia y profunda como para poder solucionarla pacíficamente, pero ambas partes no estaban dispuestas a recurrir a la guerra. No existe, por lo tanto la posibilidad de una completa paz, ni tampoco existe predisposición por la guerra. Por estos motivos el Estado intermedio tuvo una doble faz, una dirigida hacia la guerra y otra hacia la paz. Sería la ausencia de la paz; una especie de mecanismo que protege al mundo contra la guerra nuclear por medio de la disuasión (el equilibrio del miedo). Esta situación se superó a partir del desmembramiento de la URSS y la disolución pacífica del régimen soviético. El fin del sistema bipolar terminó con el equilibrio del terror, pero no con las guerras.

⁵ Jessup, 1954, ps. 98-103.

⁶ Enumeración en Halajczuk, 1966, ps. 339-340, nota 25.

⁷ Además de Schwarzenberger y Jessup, también Mc Dougal, 1953, ps. 63-68; Fox, 1959, ps. 139-140; De La Lastra, 1958; Halajczuk, véase nota 1.

119. Los límites temporales del estado de guerra

A. *El comienzo*

El estado de guerra y la vigencia del conjunto de normas imperantes durante dicho estado necesitan tener por supuesto, una delimitación en la dimensión temporal desde el momento en que se implanta el derecho de la guerra hasta otro momento determinado en que vuelven a regir las normas del derecho de la paz. El Estado de beligerancia empieza normalmente con la declaración de guerra.

¿Es obligatoria la declaración de guerra? Algunos autores, especialmente los anglosajones, opinan que no lo es porque normalmente el estallido bélico no es una sorpresa ya que las hostilidades surgen de una grave tensión, por eso la parte atacada no resulta sorprendida.

Sin embargo, en el derecho positivo se impuso otro criterio, la obligatoriedad de la declaración de guerra. En uno de los convenios del derecho de la guerra firmados en La Haya en 1907 se aceptó la obligatoriedad de la declaración previa a la guerra.⁸ Pero, esta norma no fue observada en repetidas oportunidades. Varias guerras estallaron sin que fueran declaradas, entre ellas, la Segunda Guerra Mundial.⁹

B. *La terminación*

a) *Sin tratado de paz.* La guerra termina normalmente con un tratado de paz pero ocurre a veces que no se firma tal tratado por distintos motivos. Si uno de los Estados absorbe al otro, o lo aniquila,¹⁰ no tiene con quien firmar el referido tratado. Este aniquilamiento total se llama "debelación", una de las formas en que el Estado termina su existencia. Por ejemplo, en la guerra de los boers (la guerra sudafricana). A principios de este siglo, Gran Bretaña conquistó totalmente la

⁸ Sin embargo no impone ninguna sanción por la no observancia.

⁹ En 1904, Japón atacó a Rusia dos días antes de la declaración. No declaró la guerra China en 1931 ni 1937; Tampoco Italia a Etiopía en 1935. Durante la Segunda Guerra Mundial Alemania atacó a Polonia sin la declaración de guerra en 1939 y a la URSS en 1941; Japón a EE.UU. en 1941. Según Fenwick, 1965, p. 665, "Probablemente el Estado que posee armas nucleares, no renunciará a las ventajas del ataque sorpresivo... Sería vana la creencia de una declaración".

¹⁰ La condición de validez es la terminación definitiva de la guerra, no sólo por el respectivo Estado, sino también por sus aliados.

república de Orange y la de Sudáfrica (república de Transvaal)¹¹ y Abisinia fue develada por Italia en 1936.

Pero también puede ocurrir que la paz se establezca espontáneamente, en cuyo caso las hostilidades se terminan sin firmar el tratado de paz. Estas situaciones se daban en el pasado pero en la actualidad son bastantes excepcionales y sólo en el caso de guerra entre Estados que no son vecinos, tal fue el caso de la terminación de la guerra de las Malvinas. Ocurrió un caso grotesco de esta índole durante la guerra entre Prusia y el principado de Liechtenstein, un minúsculo Estado situado entre Austria y Suiza. Cuando terminó la guerra y fue firmado el tratado de paz entre Austria y Prusia, olvidaron mencionar a Liechtenstein, que de este modo permaneció en estado de guerra con Prusia hasta que Alemania anexó a Austria.¹²

b) Con tratado de paz. La terminación de la guerra en forma normal o convencional —por celebración de un tratado de paz— se establece según algunas normas consuetudinarias. Generalmente lo precede el armisticio, o suspensión de las hostilidades que no es una tregua.¹³

La tregua puede ser de distinta índole, puede tener distinta extensión espacial y temporal, limitándose a horas o a días, como suele suceder después de una batalla muy sangrienta para evacuar a los muertos y heridos, y abarcar todo el frente o sólo un sector de éste. El armisticio comprende todo el frente y en el momento de la celebración se lo presume definitivo.¹⁴

¹¹ Es cierto que la anexión, proclamada ya en 1900 fue prematura. Los ejércitos boers se rindieron recién en 1902, pero Gran Bretaña no atribuía a este acto de rendición ningún alcance de derecho internacional.

¹² “Este principado fue simplemente olvidado al celebrarse el tratado de Praga en 1800. Sin embargo los dos estados consideraban que la guerra estaba terminada”, escribe Guggenheim (1953-4, v. 2, p. 353, nota 2).

¹³ Según recuerda Reuter (1962, ps. 301-2), el armisticio tenía originariamente un objetivo meramente militar: poner coto a las hostilidades, y no al estado de guerra. En la época moderna, abarca también disposiciones políticas, que anticipan la solución definitiva en el futuro tratado de paz. Tal carácter tenían los convenios de armisticio de 1918, de 1940 (de Francia con Alemania y con Italia): abarcaban numerosas cláusulas políticas y garantías sobre las formas de ocupación; implantaban una reglamentación que tenía que funcionar durante un largo tiempo. Lo mismo puede decirse acerca de los armisticios de Corea en 1953 y de Vietnam y Laos en 1954, aunque las guerras que ellos terminaban, tenían un carácter específico, distinto de la auténtica guerra internacional, en particular la guerra en Vietnam y Laos.

¹⁴ Según algunos internacionalistas (p. ej. Kozevnikov, 1964, p. 661), ante la prohibición general de la guerra, el armisticio no significa mas una suspensión

A veces, además del armisticio se firman los "preliminares de la paz", pero no es una práctica general. Siempre el armisticio se concluye con miras a la concreción de la paz; por lo tanto carece en general de plazo. Sin embargo, no siempre se llega al tratado de paz, ya que a veces ocurre que el armisticio queda roto o bien que el tratado de paz definitivo no se firma por otras razones, como ya dijimos al referirnos a la guerra entre la Argentina y el Reino Unido por las Malvinas en 1982.

El procedimiento normal por el cual se llega al tratado de paz es mediante una conferencia de paz, donde se advierte generalmente cierta desigualdad de hecho, dada por la desigualdad de fuerzas entre el vencido y el vencedor, pero siempre en estas conferencias se observa la igualdad jurídica. También tomaban parte en la conferencia de paz algunas grandes potencias. Tal práctica se generalizó especialmente en el siglo XIX y principios del siglo XX cuando el llamado Concierto Europeo intervino en estos casos para poner fin a la guerra y evitar un desequilibrio en la relación de las fuerzas internacionales. Bajo estas condiciones era frecuente que un Estado vencido en el campo de batalla fuera salvado por este directorio europeo en nombre del equilibrio.¹⁵

Esta práctica se conformó al derecho natural según el cual las condiciones impuestas al vencido no tienen que superar una indemnización razonable por las pérdidas efectivas, ya que la victoria no otorga el título para un enriquecimiento sin causa, ni justifica adquisiciones territoriales.

temporal de la hostilización, sino su terminación definitiva, de modo que la violación del armisticio por una parte tendría que calificarse como agresión.

¹⁵ Por ejemplo, la llamada gran guerra de Oriente terminó en 1878 con el aplastamiento de las fuerzas turcas y por lo tanto, Turquía firmó un tratado preliminar muy denigrante en San Stéfano. Luego intervino el Concierto Europeo con la acción personal de Bismark, canciller alemán de esa época conocido por su habilidad diplomática y su energía. Finalmente, se firmó otro tratado en Berlín, ya en condiciones completamente distintas: Turquía fue salvada sufriendo pérdidas territoriales menores. Una situación análoga se dio en la guerra ruso-japonesa de 1905, cuando Rusia fue completamente abatida y debió firmar un pésimo tratado de paz. También aquí intervinieron las grandes potencias, especialmente EE.UU. que siempre mostró mucha preocupación ante el peligro japonés en el Pacífico, y se logró imponer un tratado muy ventajoso para Rusia.

C. Rendición incondicional

Desde este punto de vista constituyen un gran retroceso los *tratados de paz de Versalles por los que se terminó la Primera Guerra Mundial*. Estos tratados celebrados con cada uno de los Estados vencidos por separado (por un lado, el conjunto de las potencias vencedoras y por el otro lado la potencia vencida) se proyectaron en la conferencia de paz que se reunió en Versalles, en el palacio real. El tratado de paz con Alemania se firmó allí mismo, mientras que los tratados con los otros Estados fueron firmados en distintos castillos reales y ciudades de los alrededores (con Hungría en Trianón, con Turquía en Sévres, con Austria en Saint Germain, con Bulgaria en Neuilly), para identificarlos mejor y evitar la confusión.

Se entregó a cada delegación el texto del respectivo tratado de paz, para que lo acepte. Si se negaban a ello, se les daba un *ultimátum*: las tropas de las grandes potencias estaban listas para marchar contra el Estado recalcitrante, vencido y desarmado, hasta ocuparlo completamente. Los Estados vencidos no tenían otra alternativa que firmar. Fue un procedimiento completamente nuevo. Con razón los alemanes decían que no se había dado el *Traktat*, sino el Diktat de Versalles.¹⁶

Este método anunciaba perspectivas bastante peligrosas para el futuro de la paz.¹⁷

El procedimiento de esta conferencia fue muy distinto del tradicional. Primero, fue muy grande el número de Estados vencedores; inclusive la mayoría de las repúblicas latinoamericanas habían declarado la guerra. Todos aquellos que declararon la guerra a Alemania tenían derecho a participar en la conferencia, lo que dificultó muchísimo la

¹⁶ Se planteaba la cuestión de saber si el tratado de Versalles no excedió las obligaciones que asumieron los vencedores, al firmar el armisticio en base de los "14 puntos" del presidente estadounidense Wilson (Fenwick, 1965 p. 753).

¹⁷ Por ejemplo, el gobierno húngaro del conde Karolyi entregó el poder a los comunistas (a Bela Kun) para vengarse de los vencedores. Por fin se eliminó al gobierno comunista húngaro con una intervención militar rumana. Más tarde, el Parlamento húngaro ratificó este tratado pero en el documento de ratificación existe la fórmula que dice "bajo la amenaza de ocupación total de nuestro país decidimos ratificar el presente tratado". Por ejemplo, el gobierno húngaro del conde Karolyi entregó el poder a los comunistas (a Bela Kun) para vengarse de los vencedores. Por fin se eliminó al gobierno comunista húngaro con una intervención militar rumana. Más tarde, el Parlamento húngaro ratificó este tratado pero en el documento de ratificación existe la fórmula que dice "bajo la amenaza de ocupación total de nuestro país decidimos ratificar el presente tratado".

conducción de las negociaciones. Por lo tanto, se empleó un procedimiento un poco particular. Entre los vencedores, se habían destacado las grandes potencias bajo la denominación de Grandes Potencias Aliadas y Asociadas. "Asociadas" fue agregada a instancia norteamericana porque el Congreso norteamericano no deseaba que su país figurara como aliado. Estas grandes potencias constituían una especie de directorio, del cual prácticamente partían todas las decisiones que luego eran notificadas a los aliados menores. Ante ciertos problemas estas soluciones resultaban necesarias porque algunos aliados no podían entenderse entre sí, especialmente los nuevos Estados de Europa Central y Balcánica cuyas pretensiones territoriales se superponían de tal modo que les resultaba difícil llegar a un acuerdo. Por ello, la mayor parte de los vencedores tuvo muy poca intervención en la redacción del tratado.

Alemania tuvo que pagar reparaciones de guerra sumamente elevadas. Según un uso común en el pasado, el vencido se comprometía en el tratado de paz, al pago de una contribución. Con el tiempo, esta institución evolucionó a la indemnización por los daños que el vencido causó al vencedor (sin un deber recíproco).

En el Tratado de Versalles se modificó la técnica de esta indemnización: mientras que hasta entonces, los vencidos tenían que pagar un monto global convenido, en la conferencia de paz, en 1919, los vencedores pretendían exigir tan sólo una reparación por los daños efectivos, calculados con precisión en virtud de un inventario detallado. A pesar de este criterio, más justo a primera vista, a Alemania le tocaron reparaciones sumamente pesadas, sin precedentes. Por un lado el inventario fue realizado de un modo tendencioso en la atmósfera revanchista propia de aquel entonces. Por otro lado, los aliados preocupados por la protección de sus mercados internos contra la competencia de la industria alemana, rechazaban el pago en mercaderías.

Las reparaciones impuestas superaban por lejos el potencial alemán y provocaron el derrumbe de la economía, con una desocupación en masa y miseria general. Como los partidos democráticos no podían ofrecer una salida prometedor de una situación tan desesperada, se produjo una polarización de la opinión pública entre dos extremismos: el nacional-socialismo y el comunismo, de donde por la insaciabilidad de los vencedores, Europa tuvo que pagar con el régimen hitleriano y la Segunda Guerra Mundial.

Resulta así que el trato equitativo del enemigo vencido (*"la victoria no da derechos"*) es un precepto de derecho natural, cuya violación

puede traer consecuencias trágicas. Llegaron a tal conclusión, al término de la última guerra mundial, los vencedores occidentales que lejos de exigir de Alemania indemnización o reparación alguna, le proporcionaron una ayuda económica muy sustancial, como también a Italia y al Japón. En cambio Alemania Oriental, Rumania, Bulgaria y Hungría fueron tratados de un modo muy distinto.

Pero la propia terminación de la Segunda Guerra Mundial se alejó aún más del esquema normativo común: esta vez ya no se observó solamente el principio de la igualdad jurídica sino hasta el carácter bilateral. El último gobierno alemán encabezado por el almirante Doenitz, tuvo que firmar la rendición incondicional y luego fue arrestado. Toda autoridad estatal, sobre el territorio alemán y su población pasó a las cuatro potencias vencedoras que lo ejercían por medio del Consejo Interaliado.¹⁸ Se había planteado en aquel entonces la controversia acerca de la condición jurídica de Alemania: según Kelsen, el Estado alemán había dejado de existir y su territorio constituía un condominio de las cuatro potencias vencedoras. Los internacionalistas alemanes Sauser Hall, von Magoldt, Sauer, Menzel y otros alegaban la ausencia de una voluntad anexionista por parte de las mencionadas potencias y concluían que, por lo tanto, ellas ejercían sólo un coimperio. En 1947 fueron firmados en París los tratados de paz por los aliados europeos de Alemania pero poco después estalló la llamada "guerra fría". Las relaciones entre los vencedores empeoraron hasta tal grado que no existían condiciones para firmar el tratado de paz definitivo con Alemania. Por lo tanto, únicamente las potencias occidentales firmaron —en 1952— con Alemania occidental un llamado "tratado de Estado" que reemplaza el tratado de paz normal. Polonia firmó un tratado de paz sólo con la República Democrática Alemana (oriental) y recién en noviembre de 1970 con la República Federal Alemana (la occidental). La desaparición del sistema bipolar a partir de la caída del Muro de Berlín, permitió la reunificación de Alemania en 1991.

120. Efectos jurídicos del estado de guerra

El derecho de guerra tiene como finalidad la humanización de los

¹⁸ Subraya Guggenheim (19534, v. 2, p. 353, nota 3) que "La capitulación incondicional no pone fin al estado de guerra; crea únicamente la ocupación militar, estableciendo los derechos y las obligaciones, previstas en el instrumento de capitulación". Vuelve a este tema más adelante, en las ps. 469-473.

conflictos armados, por lo tanto impone una serie de limitaciones a la hostilización, por medio de normas detalladas, codificadas en su mayor parte. Se trata de reglas de carácter técnico. Sin embargo, según hemos mencionado oportunamente, durante el estado de guerra se suspende la vigencia del derecho de paz; por lo tanto el derecho de guerra llena esta laguna, por medio de normas de otra índole, que no tienen nada que ver con las relativas a la conducción de las hostilidades.¹⁹

A. Ruptura de las relaciones diplomáticas

Durante el estado de guerra quedan interrumpidas las relaciones diplomáticas y consulares. Las misiones diplomáticas vuelven a sus respectivos países. Para que una parte beligerante no detenga a los diplomáticos enemigos, a fin de utilizarlos como medio de presión, se opera el canje: en un momento determinado, las dos misiones diplomáticas cruzan la frontera de un país neutral. A veces el canje no puede operarse en el mismo lugar, sino en dos puntos distintos, concertándose el momento preciso por vía telefónica.

El edificio de la Embajada y sus archivos queda a cargo de la potencia protectora, excepcionalmente bajo la custodia de un miembro de la propia misión.

Una potencia neutral —la potencia protectora— toma a su cargo por la duración del Estado de guerra, la protección diplomática de los súbditos del Estado enemigo.²⁰ Durante la guerra de las Malvinas se produjo la ruptura de las relaciones diplomáticas. La potencia protectora de Argentina fue Brasil y la de Inglaterra, Suecia.

B. Tratados

El estado de guerra repercute de diversa manera sobre distintas

¹⁹ Véase N° 117.

²⁰ Con una frecuencia cada vez mayor, se protegen los intereses extranjeros en base a la reciprocidad (protección con junta). Durante la Segunda Guerra Mundial, Suiza tenía a su cargo la protección de los intereses de 35 Estados beligerantes. El contenido de la protección abarca el otorgamiento de pasaportes, legalizaciones, asistencia judicial y material. (Guggenheim, 19534, v. 2, ps. 332-7).

clases de tratados;²¹ como esta materia es compleja, la expondremos en forma esquemática.²²

a) *Tratados multilaterales*: conservan su validez, salvo en las relaciones entre los Estados enemigos, en cuanto a las disposiciones incompatibles con el Estado de guerra. En particular los tratados-leyes conservan su validez y aplicabilidad mientras algunos tratados-contratos pueden perder su validez en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, si cambian fundamentalmente las condiciones bajo las cuales fueron concluidos.

b) *Tratados bilaterales*: presentan una problemática bastante complicada, que da lugar a numerosas discrepancias en doctrina. Por lo general, según la opinión dominante, los tratados que regulan la conducción de las hostilidades conservan su validez (concluidos antes o durante la guerra);²³ los políticos la pierden; los no políticos quedan suspendidos, y los relativos a la delimitación territorial y, en general, al *status* permanente conservan validez; los últimos podrán ser revisados recién en el tratado de paz. Es el propio tratado de paz el que soluciona la cuestión de la validez de otros tratados bilaterales.²⁴

Según la opinión doctrinaria dominante, los tratados multilaterales entran de nuevo en vigencia automáticamente, después de la firma del tratado de paz, sin ninguna estipulación especial. El problema de los tratados bilaterales es más complejo. Por lo general éstos recobran su vigencia pero algunos, en materia técnica y sobre todo en la económica, necesitan la renegociación en vista a las condiciones modificadas.²⁵

²¹ Reuter (1961, ps. 7930) señala una evolución. Hasta la Primera Guerra Mundial la guerra se consideraba como el ejercicio de una facultad discrecional y, en cierta manera la negación radical del orden jurídico anterior: de allí se deducía la caducidad de todos los tratados. Casi todos los países mantuvieron este principio, incluso al terminarse la Segunda Guerra Mundial lo que no corresponde a las necesidades actuales según el citado autor.

²² Sobre clasificación de los tratados véase N° 11 C.

²³ Incluso los celebrados ya durante la guerra, por los dos embajadores en una capital neutral.

²⁴ Fenwick clasifica los tratados trilaterales en ejecutados y no ejecutados (1965 ps. 766-7). Los primeros se suspenden durante el estado de guerra y después vuelven al vigor sin ninguna estipulación expresa ni tácita. De los segundos los tratados políticos quedan derogados, y los otros por lo general confirmados o restablecidos.

²⁵ Después de la guerra de 1898, España declaró que consideraba anulados todos los tratados concluidos con EE.UU., pero el caso es poco frecuente.

A veces se adoptan en esta materia procedimientos particulares. Por ejemplo,

C. Condición de los súbditos enemigos

La humanización de la guerra se realiza no sólo por medio de las normas técnicas, que prohíben el recurso a ciertas armas, el bombardeo de ciertos objetivos, etc., sino también mediante distinciones en la dimensión personal, que sustraen en distintos grados, ciertas categorías de personas a las nefastas consecuencias de la guerra, limitándolas por un lado a los nacionales de los Estados enemigos y, por otro, a los combatientes. Por el momento nos ocuparemos tan sólo de la primera de estas limitaciones, pues la segunda la examinaremos en la siguiente sección.

Por un lado se trata aquí de la preservación de la vida y de la protección de la persona humana contra sufrimientos gratuitos y contra la privación de la libertad; por otro lado, de su propiedad. Desde la perspectiva liberal, se reducía a un denominador común "la protección de las vidas y los bienes de los extranjeros". En la presente obra hacemos una nítida distinción, considerando el problema de la propiedad de los súbditos enemigos dentro del contexto de la guerra económica, separadamente del problema de la protección de la persona humana.

En el trato de los súbditos enemigos pueden observarse notables cambios. Según Grocio, un Estado beligerante tenía el derecho de internar a los súbditos enemigos, pero según Vattel debía permitírseles el abandono de su territorio al principio de la guerra, y esta práctica se observó en el siglo XVIII. La interrumpió Napoleón I al detener en 1803 a todos los ingleses aptos para el servicio militar como represalia por la captura de dos barcos mercantes franceses. En varias oportunidades los súbditos enemigos han sido expulsados. Los alemanes de Francia, en 1870; los británicos de las dos repúblicas boers, en 1899; los japoneses de las provincias rusas del Extremo Oriente, en 1904, y los italianos de Turquía, en 1911. Durante la Primera Guerra Mundial, algunos Estados beligerantes, Francia, Alemania, Gran Bretaña, in-

todos los tratados de paz con los aliados europeos de Alemania, firmados en París en 1917, contienen una disposición idéntica. Dentro de 6 meses de la entrada en vigencia del tratado, cada uno de los Estados vencedores debía comunicar al respectivo Estado vencido, cuáles tratados anteriores a la Segunda Guerra Mundial desea reponer en vigencia. Los demás se considera derogados. El art. 44 del tratado con Italia, el 12 con Finlandia, el 8º con Bulgaria el 10º con Rumania.

ternaron a los súbditos enemigos. Durante la Segunda Guerra Mundial también lo hizo EE.UU. que internó cerca de 100.000 japoneses, incluso naturalizados.

De tal modo, en la evolución de la condición de los súbditos enemigos no puede notarse un progreso sostenido, sino más bien altibajos producidos por causas de distinta índole. Empezamos por examinar la que produjo el empeoramiento de principios del siglo XIX. Cuando los norteamericanos se sublevaron, en 1776, decían que ellos eran auténticos ingleses, en guerra contra los alemanes; pues, en efecto, quien intentaba reprimir la sublevación era el rey de la dinastía de Hannover, por medio de mercenarios, en su mayoría de origen alemán. Este carácter popular de la guerra se acentúa aún más en las guerras que llevó a cabo Francia revolucionaria y napoleónica. De tal modo, en el deslinde del siglo XVIII y XIX se produce un cambio fundamental: hasta aquella época, conducían las guerras los monarcas, por medio de soldados profesionales. Desde aquel entonces las guerras las hacen los pueblos.

Según el parecer que J. J. Rousseau manifestó en su *Contrato Social* que la guerra concierne tan sólo a los Estados (mejor dicho: a los gobernantes y a los soldados, profesionales en aquel entonces) y no a la población civil: y gracias a Portalis, este punto de vista encontró resonancia en el derecho positivo francés. Sin embargo, esta posición fue pronto denegada por nuevas realidades: la aparición del soldado-ciudadano, y de allí el retroceso. Hasta el siglo XVIII el hombre podía vivir durante la guerra en el territorio enemigo sin ninguna clase de molestias. Disfrutando tranquilamente de sus bienes. Su situación empeora en el transcurso del siglo XIX, cuando pierde la disposición de sus bienes y, lo que es peor, se lo trata con sospecha, como posible espía o saboteador. Durante la guerra sudafricana, el ejército profesional británico tenía frente suyo a todo un pueblo, en una desesperada defensa de su independencia amenazada. Por lo tanto, los ingleses divisaban en cada boer a una persona susceptible de llevar a la práctica su disposición hostil ante el invasor y, por ende, los encerraban en campos de concentración. De tal modo nace en los albores del siglo, aquella institución que llegó a su triste plenitud durante las dos guerras mundiales.

Ya en aquel entonces se intentó detener este proceso en el marco de la gran codificación realizada en La Haya, pero las respectivas normas no podían resistir los acontecimientos que se avecinaban. Por un lado, la progresiva totalización de la guerra que no dejaba a la población civil al margen de la beligerancia, y por otro lado, los dos

totalitarismos que negaron el valor de la persona humana. Terminada la Segunda Guerra Mundial, se realizó un nuevo esfuerzo normativo con el convenio de Ginebra de 1949.

De acuerdo al convenio, los súbditos enemigos que no fueran condenados por tribunales, tienen el derecho de abandonar el territorio del Estado beligerante. Sin embargo, el Estado puede eliminar el beneficio de aquella facultad a algunas personas, si así lo exige el interés nacional. Prácticamente se trata de reservistas que se alistarían al ejército enemigo, y por lo tanto pueden ser asimilados por anticipación a los prisioneros de guerra. No obstante, tienen el derecho de pedir la reconsideración de esta decisión a los órganos judiciales o administrativos competentes.

Si las otras medidas de fiscalización resultan insuficientes, el Estado beligerante puede asignar a los súbditos enemigos que permanecen en su territorio una residencia obligatoria e incluso puede internarlos. La lista de los internados debe ser revisada por lo menos dos veces por año para que sean eliminadas de ella personas cuya internación resulte superflua. Concretamente, en el momento de estallar la guerra puede resultar inevitable la internación de todos los súbditos enemigos, por falta de tiempo para apreciar la peligrosidad de cada uno. Pero esta evaluación individual puede realizarse con tiempo e incluso puede resultar que entre ellos haya personas en franca oposición con el actual gobierno del país enemigo, cuya detención por ende, sería no sólo superflua sino también injusta. Cometió tal injusticia Francia durante la Segunda Guerra Mundial, al detener entre los ciudadanos alemanes, también a los refugiados políticos, incluso a los judíos que permanecieron internados hasta la invasión alemana, quedando a la disposición de la Gestapo, cuyos agentes los escogieron de los campos de internación franceses y los llevaron a Alemania.

Un súbdito enemigo debe ser internado, si lo exige él mismo por razones de seguridad. Como es sabido, durante la guerra y especialmente a su comienzo, son frecuentes los estallidos xenófobos de la población contra los ciudadanos enemigos. De acuerdo al convenio de Ginebra los Estados beligerantes tienen la obligación no sólo de costear la internación, sino también de proporcionar los medios de subsistencia a todos los que quedaban a cargo de las personas internadas. Los internados tienen el derecho a recibir la ayuda de sus familiares, de su patria o de las organizaciones humanitarias, como también ingresos de sus propiedades. No pierden la capacidad civil de obrar. Podrán organizarse, eligiendo a sus representantes, que defenderán sus inte-

tereses y mantendrán contacto con la potencia protectora, que tomó a su cargo la protección jurídica de los súbditos enemigos, después de la ruptura de las relaciones diplomáticas.

El mencionado convenio contempla también la posibilidad del traslado de los súbditos enemigos al territorio de otro Estado, conservando la potencia beligerante la responsabilidad por su suerte. No puede trasladárselos a un país donde pueden ser objeto de persecuciones por razones políticas, religiosas u otras. Se trata de un conjunto normativo que procura humanizar la suerte de los confinados, pero de realización poco posible si se carece de un mecanismo de control adecuado.

Carece de fundamento la tendencia a alinear toda aquella problemática a lo largo de un sólo eje, en cuyas extremidades se hallaría por un lado el humanitarismo y, por otro lado, el totalitarismo (donde algunos autores franceses creían poder ubicar, durante la Primera Guerra Mundial, el "militarismo prusiano"). En realidad, el problema es mucho más complejo y puede entenderse a fondo tan sólo dentro del esquema tridimensional.

En la dimensión sociológica no puede pasarse por alto como contexto lejano, el surgimiento de la guerra económica. Por otro lado, los bombardeos aéreos plantean dificultades arduas para la distinción entre combatientes y súbditos enemigos civiles. Y en el contexto inmediato de nuestro problema cabe tener en cuenta el progreso de la técnica del espionaje y de la transmisión de sus resultados, del sabotaje y de la comunicación de masas (por ejemplo la propaganda neutralista, costeada por Alemania, sobre todo en Francia, en vísperas de la Segunda Guerra Mundial, bajo el lema "No queremos morir por Dantzig"). Es natural que en tales condiciones, el Estado beligerante considera a cada súbdito enemigo como un potencial peligro, y que no puede tratarlo con la indiferencia benévola que era propia del siglo XVIII.

Tanto menos son admisibles las simplificaciones en la dimensión axiológica. No puede olvidarse que la condición del individuo empeoró en gran medida porque él no se considera más como un súbdito pasivo de tal o cual majestad real, sino como un protagonista; porque la idea de la soberanía popular eliminó la anterior idea del Estado patrimonial, y las guerras dinásticas han sido reemplazadas por guerras nacionales, en defensa de los intereses nacionales, aunque sean con frecuencia simplificados, exagerados o mal entendidos.

D. Guerra económica

Para llevar a su enemigo a la capitulación, el Estado beligerante no se limita a las armas sino que recurre también a las medidas económicas. El principal medio de esta índole es el bloqueo de las costas enemigas y la incautación de los buques de comercio, que es una de las modalidades de la guerra marítima bajo la forma de “presas”. Aquí nos limitamos a otras formas de la guerra económica. La confiscación de la propiedad enemiga y la interrupción de las relaciones económicas.²⁶

El Estado beligerante tiene el derecho de confiscar la propiedad del Estado enemigo, situada en su propio territorio como también en el territorio enemigo ocupado. Quedan excluidos los edificios de las embajadas enemigas, aunque esta norma consuetudinaria no siempre se observó durante las dos guerras mundiales.

Sin embargo, como la doctrina y la práctica anglosajona estaban muy influenciadas por la guerra marítima, no compartían la práctica continental, sumamente benigna hacia la propiedad enemiga en la tierra. En 1914 —en el caso *Brown versus United States*— la Corte Suprema estadounidense dejó establecida la doctrina jurisprudencial, que admitía como lícita la confiscación de la propiedad privada de los súbditos enemigos residentes fuera de los EE.UU. Al contrario, el Reino Unido se limitó, al principio de la Primera Guerra Mundial, el 27-11-1914, a someter los bienes de los súbditos enemigos tan sólo a la fiscalización de un “custodio”, para que no pueda ser usada en contra de los intereses británicos. Este designaba a los interventores para cada propiedad. Esta práctica fue seguida por Francia (*controle des biens*), Alemania (*kommisssarische Verwaltung*) y por los EE.UU. donde el “custodio” vendió la mayor parte de los bienes enemigos al mejor postor.

Por lo general el Estado beligerante comienza por ordenar la declaración de bienes de los súbditos enemigos, los somete a fiscalización, luego los secuestra y por fin los vende.

Como pretexto para la venta de los bienes enemigos se invocaba la imposibilidad de una administración racional, en vista de la ausencia del dueño. Pero la venta de los bienes enemigos cuyos propietarios permanecían en el país, se consideraba por lo general como ilícita. Por lo tanto la mayoría de los Estados beligerantes se limitaban a la

²⁶ Se impuso bajo la influencia de Gran Bretaña, tradicionalmente acostumbrada a esta clase de trato a la propiedad enemiga en el mar.

fiscalización para prevenir su utilización en perjuicio de los intereses nacionales.

Terminada la Primera Guerra Mundial, los Estados vencidos tenían que restituir la propiedad confiscada a los súbditos de los Estados vencedores, pero sin reciprocidad. Lo mismo ocurrió después de la segunda conflagración universal. Según el acuerdo de Potsdam de 1945, la propiedad privada de los alemanes tenía que destinarse al pago de las reparaciones. Suscitó una controversia la exigencia de los vencedores de incluir allí también los bienes alemanes situados en los países neutrales. El trato discriminatorio relativo a los bienes de los enemigos constituye un abuso patente.

El Estado beligerante tiene el derecho de prohibir a sus ciudadanos la conclusión de contratos con los súbditos enemigos, la ejecución de los contratos concluidos con anterioridad al Estado de guerra y toda clase de relaciones de orden económico. Esta norma consuetudinaria carece de pormenores, que tampoco han sido desarrollados por convenios. Por lo tanto su ejecución queda dentro de la competencia de la legislación interna de cada Estado beligerante. En esta materia puede observarse una tendencia en los Estados continentales y otra en los anglosajones.

En la práctica de los Estados continentales el comienzo del estado de guerra no implica consecuencia jurídica sobre las relaciones de sus súbditos. De modo que estas quedan interrumpidas solamente por medidas legislativas positivas. Según la jurisprudencia anglosajona, son nulos los contratos concluidos con súbditos enemigos durante el Estado de guerra, sin una previa autorización de las autoridades competentes, mientras que la ejecución de los contratos concluidos con anterioridad queda suspendida. Esta práctica se agudizó durante las dos guerras mundiales. La prohibición de las relaciones sobre todo comerciales con los enemigos, fue confirmada por las sentencias en los casos de *Woo*, de 1951; de *Vamvakas*, de 1952; de *Guesselfeldt*, de 1952, y de *Übersee Finanz-Korpoart ion*, de 1952.

E. La Guerra de las Malvinas

Antecedentes: Luego de las negociaciones del año 1977, un año después, Argentina protestó frente a la decisión inglesa de crear una zona de Jurisdicción marítima de 200 millas alrededor de las islas, declaración que no se produjo.

Entre 1979 y 1980 el gobierno laborista inglés analizó posibles soluciones al conflicto. Estas propuestas fueron consideradas por las autoridades locales malvinenses, the Falklands Legislative Council. Entre las alternativas estudiadas incluían: a) el congelamiento de la controversia por 25 años; b) la constitución de un sistema de *lease back* por el cual la soberanía sería reconocida a la Argentina, pero el ejercicio de competencias sobre el territorio estaría en manos del Reino Unido por un tiempo determinado; y c) la creación de un régimen de administración conjunta. La reacción del Consejo Legislativo de las Falklands fue el de no reconocer necesidad alguna de negociar la soberanía de las islas. Corresponde aclarar que el gobierno conservador inglés no opinaba como los representantes laboristas en el Parlamento, y siempre estuvo predisposto a escuchar los reclamos de los kelpers.

En la misma época se suceden una serie de negociaciones estériles hasta que a principios de 1982 Argentina propuso al Reino Unido una agenda con temas y plazos definidos.²⁷ En febrero de ese año tuvo lugar un encuentro en Nueva York que fracasó ante la indiferencia y dureza de la representación británica. Costa Méndez, canciller de la República, que había ocupado ese cargo anteriormente en 1966, comentó que en los dieciséis años transcurridos entre sus gestiones nada se había avanzado en el campo diplomático respecto al caso Malvinas.

a) Antecedentes de la guerra: Cuando en 1976 se produjo el informe Shackleton, se reavivó no sólo el interés político-estratégico sino también económico por el mantenimiento inglés en las Islas. La misión Shackleton fue realizada sin el previo pedido de autorización a la Argentina y llevó a ambos países a retirar sus respectivas misiones diplomáticas. En consecuencia Londres envió una fragata a las Malvinas. A partir de entonces, y pese al "intermezzo" producido por las negociaciones Rowland-Martínez de Hoz, la tensión subyacente no declinó. En 1977, la Argentina instaló en las Islas Sandwich del Sur una base científica (Thule). Gran Bretaña no hizo objeción, pero el Primer Ministro Callaghan envió dos fragatas y un submarino nuclear hacia la región.

²⁷ En una reunión de la Junta se resolvió comenzar los estudios de factibilidad y conveniencia de la ocupación de las islas. Se trató la planificación militar para tomarlas como acción alternativa al fracaso diplomático. El Tte. General Galtieri encargó al General García la planificación mencionada.

Se produjo el incidente de Georgias. Gran Bretaña se quejó y siguió insistiendo debido a la fuerte tensión producida por tal causa en Londres.

Esa es la razón por la cual Rowland al iniciar sus negociaciones con Martínez de Hoz aseguró que lo hacía desde una posición de fuerza.

Volviendo a 1982, ante el fracaso de la reunión de Nueva York se fortaleció la posición de los "halcones" en la Junta Militar Argentina que pidieron que se tomara la decisión de ejecutar la alternativa militar en el caso Malvinas. Los encargados de elaborar esos planes fueron el General de División Osvaldo García, el Brigadier Mayor Sigfrido Plessi y el Vicealmirante Juan José Lombardo.

b) Cronología de los acontecimientos: En marzo de 1982 tuvo lugar el episodio de los obreros argentinos en las Georgias del Sur. Se trataba de obreros contratados por la Compañía Georgias del Sur S.A de la que era propietario Constantino Davidoff, para desguazar instalaciones balleneras en esas Islas. El contrato de Davidoff era de septiembre de 1979, y era de conocimiento del gobierno británico. Sin embargo la Cámara de los Comunes calificó el desembarco de esos trabajadores como una invasión, acusando inclusive a la Argentina de nación agresora. El gobierno inglés envió el buque de guerra Endurance, a lo que la Argentina replicó enviando al Bahía Paraíso hacia la misma zona. El secretario de Defensa británico señaló ante la Cámara de los Comunes el interés estratégico que presentaban las Islas del Atlántico Sur. Mientras tanto la opinión pública expresada por los diarios ingleses The Times, el Financial Times y The Guardian, era proclive a la solución pacífica del conflicto. En el gobierno de Su Majestad se decidía la concentración de una flota de guerra dispuesta a zarpar para las Malvinas el viernes 2 de Abril, según lo manifestado por la radio BBC1.

Ante esos preparativos ingleses la Argentina presentó el 31 de marzo la nota S-14940 ante el Consejo de Seguridad, advirtiendo sobre el uso de la fuerza por parte de Gran Bretaña. El Consejo de Seguridad, que inició su sesión para tratar el tema el 1 de abril, y pasó a cuarto intermedio, el que se reanudó al día siguiente con los hechos ya consumados. En efecto nuestros militares habían dispuesto la invasión (operativo azul).

2 de abril: Toma de las Malvinas por la Junta Militar Argentina. Designación del Gral. Menéndez como gobernador militar de las islas. La cabecera de las operaciones de fuerza aérea y del operativo militar conjunto se encontraban en Comodoro Rivadavia. Mientras tanto los británicos se pertrechaban en su cabecera que fue la Isla Ascensión, base estratégica norteamericana.

8 de abril: Londres anuncia el bloqueo naval a las Islas a partir del día 12, estableciendo una zona de exclusión marítima con un límite externo de 200 millas náuticas en forma de círculo alrededor del archipiélago bajo la amenaza formal de que "cualquier barco de guerra y auxiliares navales argentinos encontrados en la zona serán tratados como hostiles y atacados por las fuerzas británica". El embajador Roca por Argentina ante la ONU denunció la situación al CS, calificando la declaración de bloqueo de guerra como acto de agresión conforme a la Resolución 3314 (XXIX).

10 de abril: El Secretario de Estado Haig inicia sus buenos oficios, reconoce la lucha Argentina contra la subversión pero advirtió que la posición inglesa era de "ultimatum". Según opinión de Costa Méndez,²⁸ el mayor error de Haig fue pensar que podía convencer a la Sra. Thatcher ignorando su intolerancia.

12 de abril: Ante el anuncio del bloqueo británico, Argentina dispuso el minado de la zona malvinense y el refuerzo del archipiélago. Simultáneamente dos tercios de la flota británica navegaban hacia el Atlántico Sur.²⁹

14 de abril: Fracasa la gestión Haig. EE.UU. abandona de hecho su neutralidad en lo que hace al apoyo logístico brindado a Gran Bretaña. El Presidente peruano Belaúnde Terry inicia su gestión de buenos oficios. Perú ante el Consejo de Seguridad plantea la situación Argentina frente al bloqueo y ultimatum inglés, como ejercicio de uso del derecho de legítima defensa.

El Mercado Común Europeo dispone el embargo total de exportación de armas a la Argentina y las importaciones provenientes de nuestro país.

16 de abril: El Gral. Haig vuelve a Buenos Aires sin soluciones, lo que llevó a la Junta Militar a un punto de no retorno.

19 de abril: Se reúne el TIAR. El embajador Quijano por la Argentina, fijó nuestra posición tras un largo debate de dos días, favorable a la posición Argentina. Se adopta un resolución, cuyos considerandos ratifican el derecho de soberanía Argentina sobre las

²⁸ Costa Méndez, "Malvinas esta es la Historia", Ed. Sudamericana. Bs. As. 1993.

²⁹ 24 Navíos de Guerra, 8 destructores, 9 Fragatas, los portaaviones Invencible y Ermes y el buque de asalto Anfibio Fearnas, 2 submarinos uno de propulsión nuclear (Superb) y otro Diesel (Oracle).

Malvinas pero no condena específicamente al Reino Unido por sus agresiones de hecho y de derecho, sino que se limitó a urgir el cese inmediato de las hostilidades. Tampoco se adoptaron medidas militares contra el agresor, lo que puso en evidencia la debilidad estructural del TIAR.

El 25 de abril, las fuerzas británicas reconquistaron Georgia del Sur.

30 de abril: EE.UU. anuncia el bloqueo de exportaciones militares a Buenos Aires y la suspensión de nuevos créditos bancarios de exportación e importación y de garantías de crédito. Haig responsabilizó a la Argentina por el fracaso de las negociaciones.

El gobierno militar en la Malvinas comunicaba ese mismo día que desde las islas se avistaba a la flota naval británica.

1 de mayo: A las cuatro y cuarenta horas comienza el ataque británico.

2 de mayo: Se acelera la negociación del presidente peruano. La propuesta implicaba el cese inmediato de las hostilidades con el retiro simultáneo de ambas fuerzas, la presencia de terceros países, por ejemplo Brasil, Perú, Alemania Federal y EE.UU., y un acuerdo para arribar a una solución definitiva en el término de un año. No hubo acuerdo respecto a tener en cuenta los deseos y los intereses de los kelpers. La Argentina tampoco aceptaba la presencia de EE.UU.

A comienzos de mayo, tras el despliegue del grueso de sus fuerzas en la zona, los aviones de la RAF (Fuerza Aéreas Reales británicas) comenzaron a atacar las posiciones argentinas, en especial la pista de aterrizaje de Puerto Argentino. No se logró expulsar a las fuerzas aéreas y navales argentinas.

El mismo día Gran Bretaña definía su punto de no retorno con el ataque y hundimiento del crucero Gral. Belgrano, fuera de la zona de exclusión y rumbo a la Isla de los Estados, por el submarino nuclear británico Conqueror. Fallecieron 360 hombres. A continuación, un misil Exocet lanzado por la aviación argentina, hundió a un destructor británico, el HMS Sheffield.

3 de mayo: Margaret Thatcher robustece ante el Parlamento que el objetivo último era la victoria completa y sin atenuantes sobre la Argentina.

4 de mayo: 69 Parlamentarios ingleses del partido laborista habían presentado una moción pidiendo una tregua inmediata, ante el temor de perder el apoyo internacional que hasta entonces tenía Gran Bretaña.

6 de mayo: Comienza la gestión del Secretario General de la ONU, Pérez de Cuéllar, que consistía en cese de las hostilidades, levantamiento de bloqueo y zona de exclusión, cese de las sanciones económicas, arreglo de transición para atender las necesidades administrativas, dando preponderancia al rol de las Naciones Unidas. Gran Bretaña rechazaba esta última parte de la propuesta, insistiendo en el mantenimiento de alguna forma de administración colonial. La oferta de Pérez de Cuéllar se caracterizaba por la simultaneidad, la administración y la desmilitarización, lo que hizo aconsejable la propuesta frente a la opinión de terceros países.

Simultáneamente se produjo la reunión de la OTAN que respaldó al Reino Unido, advirtiendo contra la conducta Argentina. Gran Bretaña continuó su avance sobre las Islas

12 de mayo: Fue puesto fuera de combate el destructor inglés Glasgow.

17 de mayo: La gestión del Secretario General duró hasta el 17 de mayo. El mismo día el embajador británico ante Naciones Unidas entregaba su respuesta a la propuesta del Secretario General con un mensaje para la Argentina que en síntesis decía: "Retroceda o afronte las consecuencias".

18 de mayo: Se designa a Jeremy Moore comandante en Jefe de las fuerzas de desembarco inglesas en la Argentina. La Task Force estaba integrada por 28.000 efectivos con experiencia militar. La fuerza Aérea Argentina hundió otro destructor. La Batalla en el Atlántico Sur toma su estado más caliente.

Del 16 al 20 de mayo: El presidente peruano, presentó una "Nueva Fórmula de Paz en el Atlántico Sur". La variación frente a la de Pérez Cuéllar es que en la administración transitoria se proponía a la N.U o a un grupo formado por varios países.

21 de mayo: Las tropas británicas desembarcaron en San Carlos (en la Gran Malвина). El desembarco se llevó a cabo con éxito, pero durante los días siguientes no cesaron los ataques aéreos contra los buques británicos que trataban de desembarcar suministros en tierra. Fueron hundidos tres buques de guerra y un mercante, el Atlantic Conveyor. Varios helicópteros se perdieron y numerosos aviones argentinos fueron derribados.

22 de mayo: Por fin se reúne el Consejo de Seguridad, mientras proseguía la guerra en el Atlántico Sur.

25 de mayo: Como festejo de la fecha patria se recuentan las naves

hundidas o averiadas por la fuerza aérea argentina desde el 21 de mayo: Se hunde la fragata Ardent y se dañan seriamente la Aronaut, la Antrim, Brilliant y Broadsword. Se hunde también al Antelope en las aguas de San Carlos, y al destructor Coventry, considerado una presa mayor de la armada inglesa.

28 de mayo: Se produjo el principal combate en tierra, después del desembarco cuando un contingente británico tomó la guarnición argentina en Goose Green (en Malvina del Sur), tras un duro enfrentamiento.

30 de mayo: Caen Puerto Darwin y Ganso Verde. Luego de un intenso cañoneo naval británico de más de 2 días.

31 de mayo: Las tropas británicas dominaban la cuarta parte de la Isla principal y se encontraban a 20 Km. de Puerto Argentino. Las tropas argentinas se replegaron sobre el Puerto.

2 de junio: La Conferencia del SELA (Sistema Económico Latinoamericano), reunida en Caracas condenaba las medidas coercitivas contra la Argentina por parte del Reino Unido, EE.UU., la Comunidad Económica Europea y otros países industrializados.

4 de junio: Panamá y España, presentaron ante el CS de la ONU un proyecto imponiendo el cese del fuego. Gran Bretaña ejerció su derecho de veto.

5 de junio: En la Reunión del Foro de Países No Alineados celebrada en la Habana, se reconocieron los derechos argentinos sobre las Islas y se condenó la agresión británica.

El mismo día, el Secretario General de la ONU, Pérez de Cuéllar, presentaba un nuevo plan a ambos países para establecer una tregua a partir del 7 de junio. La propuesta no tuvo éxito.

8 de junio: Los británicos completan la captura de los puntos defensivos argentinos cercanos a Puerto Argentino. El mismo día el buque de transporte, Sir Gallahad, fue destruido por aviones argentinos en Port Fitz Roy.

9 de junio: Se ataca Puerto Argentino, por aire mar y tierra. La resistencia duró 5 días.

11 de junio: El Papa Juan Pablo II visita Buenos Aires y su actitud denota su predisposición a preparar y a mitigar el dolor del pueblo argentino ante el desenlace adverso de la guerra. El Papa venía de visitar Londres y de constatar la dureza de la determinación británica de continuar la guerra hasta las últimas consecuencias.

14 de junio: El General Benjamín Menéndez firma la rendición incondicional ante el Gral. Jeremy Moore y entrega Puerto Argentino y las armas de sus tropas.

En vidas humanas el costo de la guerra según las cifras oficiales apenas llegaba a 700. Las fuentes extraoficiales hablan de 2663 muertos.

Consecuencia inmediata de la guerra: Las islas fueron fortificadas por los británicos, manteniendo su carácter de colonia, aunque a sus habitantes se les concedió la plena ciudadanía británica.

El jueves 17 de junio renuncia el Gral. Leopoldo Galtieri. Asume Bignone y entra en caída libre el gobierno militar de la Argentina.

c) Explicación de la guerra de las Malvinas a la luz del derecho Internacional. El 2 de Abril de 1982 las Fuerzas Armadas de Argentina se apoderaron de las Islas Malvinas alegando que eran parte de nuestro territorio nacional. A la luz del derecho internacional la acción Argentina podía interpretarse como el legítimo ejercicio del derecho a la integridad territorial desconocido por Gran Bretaña que perseveraba en el mantenimiento de una situación colonial y por ende contraria al derecho internacional.

En la sección XII, al abordar las cuestiones territoriales argentinas pendientes de solución, nos referimos al caso de las Islas Malvinas señalando la estrategia nacional ante la ONU y otros foros internacionales antes y después de la guerra. También se hizo un análisis de los títulos territoriales invocados por ambas partes. Lo cierto es que para solucionar el conflicto en torno a la soberanía de las islas, las partes necesariamente debían negociar. Desde 1965 hasta 1981 con gobiernos civiles o de hechos, la Argentina siempre desarrolló en forma continuada iniciativas de acercamiento para proponer la negociación. No obstante Inglaterra siempre se manifestó reticente para encarar la cuestión, agravándose la actitud en 1981.

El debate posterior a la guerra: El día 14 de junio las fuerzas argentinas se rinden a las fuerzas británicas. Mientras tanto la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de los Comunes realizó, a fines de 1982 y comienzos de 1983, una serie de audiencias para analizar los títulos argentinos y británicos sobre las Islas Malvinas. El presidente de la Comisión era Sir Anthony Kershaw. Para la posición argentina, fue de singular valor el documento y la exposición de los profesores Malcolm Deas y Peter J. Beck. La posición inglesa contó principalmente con el apoyo del profesor J. E. Fawcett y de Sir Ian Sinclair.

Para Juan Carlos Puig la utilización de la fuerza en un caso de reivindicación colonial es posible a condición que se "legitime". A falta de legitimación los demás criterios supremos internacionales de reparto, operan conjuntamente y producen una reacción negativa generalizada.

En primer lugar, la descolonización no pactada y no legitimada es percibida por los supremos repartidores internacionales como un desafío al régimen global. Se expande el temor a la desestabilización. Este es el primer elemento de juicio que explica, no sólo la solidaridad de las grandes potencias occidentales con Gran Bretaña, sino también, la abstención soviética y polaca en el Consejo de Seguridad.

Por otra parte, la recuperación de las Malvinas constituía un hecho autonómico dentro del bloque Occidental. La Argentina habría tenido que profundizar para ese efecto sus relaciones con los países latinoamericanos y en general con los del Tercer Mundo. Por el contrario se mantuvo en una actitud distante y poco comprometida.

En la relación con los países latinoamericanos se hicieron algunos esfuerzos de acercamiento (p. ej., con Brasil y Perú), pero en general no se planteó una inserción generalizada. Más aun, al estallar el conflicto manteníamos controversias importantes con varios países del área. Con Chile, por el asunto del Beagle; con México, por el problema del derecho de asilo que ese país brindó al ex presidente Héctor Cámpora y otros dirigentes políticos —algunos montoneros—; con Cuba —país que presidía el Movimiento de Países No Alineados— por la desaparición de dos empleados de su embajada en Buenos Aires. Además en el gobierno del general Galtieri se acentuó el acercamiento político-militar con Estados Unidos.

Que la apreciación fue errónea lo demostraron los hechos. El gobierno estadounidense tomó partido desde el primer momento en favor de Gran Bretaña. Pero lo más lamentable fue que debido a esta actitud argentina, los propios países latinoamericanos y del Tercer Mundo quedaron desconcertados. No alcanzaban a comprender cómo un país que se había alineado con los Estados Unidos desafiaba a las grandes potencias occidentales con las armas.³⁰

Este inadecuado manejo de las relaciones exteriores provocó actitudes contradictorias hacia la Argentina entre los miembros del Consejo de Seguridad. En efecto, la resolución 502 fue adoptada por

³⁰ Washington Post edición del 10 de abril de 1982, p. A-23.

diez votos a favor entre los que figuraban los de Jordania, Togo, Uganda, Zaire, Guyana e Irlanda. Se abstuvieron la Unión Soviética, China, Polonia y España, y sólo votó en contra Panamá.³¹

La resolución 502: Esa resolución declaró que existe un quebrantamiento de la paz en la región de las Islas Malvinas (Falkland).

—Exige la cesación inmediata de las hostilidades.

—Exige la retirada inmediata de todas las fuerzas argentinas de las Islas Malvinas.

—Exhorta a los gobiernos de la Argentina y el Reino Unido a que procuren hallar una solución diplomática a sus diferencias y a que respeten plenamente los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

En las sesiones posteriores, en la primera semana de junio, el mismo Consejo votó favorablemente una resolución que ordenaba el cese del fuego, que fue vetada por Gran Bretaña. La Asamblea General del 4 de noviembre aprobó una resolución por la que exhortó a Gran Bretaña y Argentina a reanudar las negociaciones. La resolución contó con los votos a favor de Togo y Uganda y las abstenciones de Irlanda, Guyana y Zaire que habían votado en contra de la Argentina al adoptarse la resolución 502.

También las primeras manifestaciones de los países no alineados fueron muy demostrativas del desconcierto en que se hallaban.³²

Los países latinoamericanos que comparecieron a la reunión del Consejo de Seguridad y que luego apoyaron fervorosamente la causa argentina, fueron más bien ambiguos con respectos a la justificación del uso de la fuerza.

³¹ El Consejo de Seguridad. Recordando la declaración formulada por el Presidente del Consejo de Seguridad en la Sesión del Consejo de Seguridad, celebrada el 1° de abril de 1982 (S/14944), en la que se instaba a los gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a que se abstuvieran del uso o la amenaza de la Fuerza en la región de las Islas Malvinas (Falkland).

Profundamente preocupado por los informes acerca de una invasión por fuerzas armadas de la Argentina el 2 de abril de 1982.

³² El representante de Zaire dijo: " Como País no alineado hemos apoyado y continuamos apoyando. (Ver United Nations Security Council, Doc. S/PV. 2350, sesión del 3 de abril de 1982, p. 26.) Las reclamaciones legítimas de la Argentina dentro del anarco de la descolonización. Pero al mismo tiempo, creemos que constituiría un precedente peligroso y perjudicial para las relaciones internacionales el intento de solucionar mediante el recurso a la fuerza un problema respecto del cual se están realizando negociaciones".

El ex canciller de Arturo Illia, Miguel Angel Zavala Ortiz, pocos días antes de su fallecimiento, al comentar el traspie diplomático dijo "que ello se debió a que la Argentina no desarrolló una política realmente anticolonialista y no intervencionista en América Central".

Fuera de la ONU cabe destacar la declaración de Venezuela que dijo: "Es de todos conocida la posición venezolana en lo que respecta al logro de la paz y a la lucha contra los vestigios del colonialismo. Es dable observar que las situaciones de injusticia histórica heredadas de anteriores generaciones deben ser objeto de esfuerzos serios para su solución pacífica, pues la intransigencia o la indiferencia pueden conducir a una peligrosa exasperación de los ánimos y a situaciones que nadie desea".

Finalmente, el examen detenido del criterio de la permeabilidad extrabloque, según Puig, hubiera permitido otorgar su real dimensión a algunos casos exitosos de descolonización que se lograron sobre la base del empleo de la fuerza.

El ejemplo típico fue la ocupación de Goa, Damao y Diu por fuerzas hindúes. En efecto, el 21 de diciembre de 1954, el ejército invadió los enclaves de Goa, Damao y Diu respecto de los cuales Portugal ejercía su soberanía desde los tiempos de la conquista colonial. Después de combatir con las tropas portuguesas, la resistencia cesó y prontamente la India completó la ocupación. Estos fueron los hechos, ciertamente muy similares a la recuperación de las Malvinas. Todavía el caso Malvinas es más favorable porque desde el punto de vista del Derecho internacional aplicable en el siglo XX, la ocupación británica era³³ ilegal y porque además, el operativo se realizó en forma incruenta.³⁴

³³ United Nations Security Council, Provitdonól Verbatim Récord of he 2350th Mastina S/P. 2350, p. 17.

Sobre el caso de Goa, V. Maurice Flora, Lee implication juridique, de affaire de Goa, en "Revue de Droit International", t. VIII, 1982, pe. 476 a 491.

³⁴ En el caso GOA en la sesión del Consejo de Seguridad del 28 de diciembre se enfrentaron dos tesis, que originaron sendos proyectos de resolución: 1) El de Ceilán, Liberia y la República Arabe Unida que decidía rechazar la queja de Portugal e invitar a este país a poner fin a su actitud hostil y a cooperar con la India en la liquidación de sus posesiones coloniales. 2) El de Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña y Turquía, por el cual se decidía imponer el cese del fuego, el status-quo ante bellum y la solución pacífica del diferendo.

En el caso de las Malvinas no podía esperarse una injerencia soviética decisiva a menos que previamente la Argentina hubiera logrado su secesión del bloque occidental, lo cual ciertamente no estuvo en discusión. La India había afirmado su

La relación argentino británica después de la guerra: Durante 1983 se trataron de restablecer las relaciones entre ambas naciones, pero fue imposible. Recién en 1984, tras la restauración de la democracia en nuestro país, los ingleses aceptaron reanudar el diálogo, pero tiempo después las conversaciones llegaron a un punto muerto dado que la Argentina quería que se tratara el tema de la soberanía y así siguió la situación hasta el cambio de gobierno.

A partir de la asunción de Menem, las relaciones comenzaron a ser mas flexibles entre ambas partes ya que se anunció que se deseaba mejorar las relaciones con el Reino Unido y se propusieron conversaciones bilaterales directas en las Naciones Unidas. Ambas partes convinieron en dejar de lado la cuestión de la soberanía sobre las Islas Malvinas y se desarrollaron una serie de conversaciones bilaterales.

Las primeras conversaciones tuvieron lugar en Madrid en noviembre de 1989 y en su curso se convino en establecer relaciones consulares, reanudar los enlaces aéreos y marítimos entre ambos países y celebrar conversaciones sobre la pesca. Además se adoptaron medidas militares destinadas a aumentar la confianza antes de que las dos delegaciones se reunieran nuevamente en febrero de 1990, para lo que crearon un Grupo de Trabajo.

En las conversaciones de febrero de 1990 en Madrid, las dos partes convinieron en restablecer las relaciones diplomáticas. Se llegó también a un acuerdo respecto a un sistema de notificación destinado a asegurar que no se produjeran malentendidos entre las fuerzas militares británicas y argentinas. Ambas partes manifestaron que fomentaría la cooperación bilateral en materia de inversiones y control de drogas. Asimismo se convino en que los familiares de los militares argentinos que murieron en las Islas realizarían una visita a ese lugar, la cual se llevó a cabo en marzo de 1991.

En noviembre de 1990, se reunieron nuevamente en Madrid, adoptándose disposiciones relativas a una mayor cooperación en materia de pesca, para lo cual se formó una Comisión Conjunta de Pesca,

voluntad de liberar todas las partes de la península que se encontraban bajo soberanía europea. En plenos preparativos bélicos, Brezhnev, en visita oficial a la India, declaraba el 18 de diciembre que "la URSS sostiene con fervor la acción de la India para liberar e integrar el enclave portugués de Goa".

Con razón, Maurice Flory pudo decir (y, ciertamente, anticipar el futuro al mismo tiempo) que "la impotencia del Consejo de Seguridad y el silencio de la Asamblea General ratifican de alguna manera la utilización de la fuerza en Goa.

que celebra reuniones dos veces por año a fin de tratar cuestiones de interés mutuo, conviniéndose además el establecimiento de la zona de conservación exterior de las Islas Malvinas.

Para facilitar todas estas negociaciones se utilizó la fórmula del "paraguas de soberanía", por el cual las partes acuerdan en distintas materias, sin que esto obste en sus reclamos de soberanía.

Luego de la reanudación de relaciones diplomáticas, se produjeron varias visitas ministeriales y oficiales, subscribiéndose acuerdos relativos a la abolición de visados, cooperación cultural y otros temas de interés para ambas partes.

Durante los primeros días del año 1993, el canciller británico, Douglas Hurd, realizó una visita a Buenos Aires, ratificando la posición de su país en relación a la soberanía, pero destacando la necesidad de lograr un acuerdo pesquero en las islas para lograr asegurar la supervivencia económica de los habitantes de Malvinas.

d) Cronología de las relaciones bilaterales, durante la Gestión del gobierno del presidente argentino Carlos Saúl Menem.

17 de noviembre de 1989: Se destraban las relaciones bilaterales, luego de varios meses de acercamiento por parte de ambos países. Se produce en Madrid el primer encuentro importante y se intercambiaron propuestas. Ambas naciones manifiestan su conformidad con lo pactado.

14 de febrero de 1990: Segundo encuentro en Madrid. Argentina y Gran Bretaña restablecen las relaciones bilaterales. El Reino Unido levanta 15 días después la zona de protección militar. Acuerdan reabrir embajadas en Londres y Buenos Aires.

12 de marzo de 1990: Primer encuentro de alto nivel entre ambos países desde la guerra. Carlos Menem se reúne en Chile con el vicepremier inglés, George Howe.

8 de junio de 1991: Argentina y Gran Bretaña restablecen el intercambio de información en materia de energía nuclear con fines pacíficos, uno de los últimos pasos para la completa normalización de las relaciones bilaterales.

25 de septiembre de 1991: Los cancilleres de ambos países, Guido Di Tella y Douglas Hurd, firman en Nueva York una declaración conjunta de "confianza recíproca" y se comprometen a iniciar estudios conjuntos sobre las posibilidades de explotación y exploración petrolera en la zona en disputa de las islas.

22 de noviembre de 1991: Se promulga la ley 23.968 sobre líneas de base de la costa de la República Argentina.

9 de diciembre de 1991: Se crea el Grupo Argentino Británico de Alto Nivel, que no cumple su cometido.

28 de febrero de 1992: Los británicos manifiestan su renuencia a cooperar en la búsqueda de petróleo dentro de la plataforma marítima de las Malvinas.

20 de Agosto de 1992: En materia pesquera Argentina establece el registro de buques y artefactos navales extranjeros aplicable a la zona disputada. La finalidad de la ley es conceder permisos de pesca a buques extranjeros arrendados a Casco Desnudo o fletado por un tiempo determinado (dec. 1493-92).

18 de Septiembre de 1992: Por comunicado de prensa el gobierno argentino rechaza la decisión unilateral inglesa de licitar para la prospección de áreas de la plataforma continental de las Islas Malvinas.

23 de septiembre de 1992: Guido Di Tella y Douglas Hurd se reúnen nuevamente en Nueva York y ratifican la validez del "paraguas" diplomático de 1989, que deja de lado la discusión de soberanía sobre las Malvinas.

30 de noviembre de 1992: Se destraba el acuerdo marco de cooperación pesquera entre Argentina y la Comunidad Europea, al levantar Inglaterra su veto.

23 de diciembre de 1992: Acuerdo Argentino-Británico sobre cupos, que establece un cupo de 45 permisos y 220.000 toneladas de calamar por partes iguales.

7 de enero de 1993: El canciller británico, Douglas Hurd, visita a Carlos Menem en Buenos Aires. Se producen algunas discrepancias por el tema de las Malvinas. Hurd ratifica la firme decisión de su país de mantener el dominio sobre las islas.

5 de abril de 1993: Gran Bretaña decide extender de 12 a 200 millas su zona de control marítimo alrededor de las islas Georgias.

7 de octubre de 1993: El embajador de Gran Bretaña, Peter Hall, manifiesta la decisión de su país de oponerse al rearme argentino y niega que la Argentina pueda recuperar la soberanía de las islas en el 2000.

Marzo de 1994: Argentina ofreció remover las minas sembradas en las islas Malvinas.

10 de junio de 1997: El Gobierno Argentino emitió un comunicado

de prensa reafirmando los derechos Argentinos sobre las Malvinas, Islas y sector Antártico, recordando que ese día se celebra la creación de la Comandancia política y militar de las Islas Malvinas por decreto del Gobernador Martín Rodríguez de 1829.

24 de Septiembre de 1997: En la AG la Argentina reitera su oferta de remoción de las minas.

Noviembre de 1997: Séptima Cumbre de Jefe de Estados en la Isla Margarita, Venezuela: Insta a reanudar las negociaciones tendientes a encontrar un pronta solución a la disputa.

5 de diciembre de 1997: Tiene lugar la 4ª Reunión de la Comisión de Hidrocarburos del Atlántico Sudoccidental. El embajador Alberto Daverede y su par británico dieron a publicidad una declaración conjunta, por la que aplican la fórmula de soberanía sobre las Islas del Atlántico Sur y los espacios Marítimos circundantes, descripta en el párrafo 1 de la Declaración Conjunta del 27 de septiembre de 1995. La Comisión Conjunta elaboró un llamado a licitación en el área de cooperación especial, lo que implicaba armonización de pliegos de condiciones y de regímenes de licitación.

1 de enero de 1998: Mensaje del Primer Ministro del Reino Unido Tony Blair, en el que por un lado le asegura a los isleños la protección de su derecho a decidir su propio destino y por el otro lado manifiesta querer desarrollar buenas relaciones con la Argentina invitando al Presidente Menem a visitar el reino Unido a fines del mismo año.

2 de abril de 1998: Nuevamente se reafirman los derechos sobre las Islas al cumplirse los 165 años de la ocupación ilegítima inglesa.

Mayo de 1998: Tuvo lugar en Bs. As. la reunión del Subcomité, para la promoción de la exploración y explotación de hidrocarburos.

En el mismo mes en Santiago de Chile, tuvo lugar la Reunión Cumbre del ALCA con la presencia del presidente norteamericano Bill Clinton en la que los países del Mercosur más Bolivia y Chile volvieron a pronunciarse a favor de los derechos argentinos sobre las Islas Malvinas.

1 de junio de 1998: La Secretaría General de la ONU publica y distribuye un Documento de Trabajo encomendado por el Comité Especial encargado de examinar la situación sobre la aplicación de la Declaración de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, con un exhaustivo análisis de la situación política, económica y social de las Islas; de la posición del gobierno argentino; de la potencia administradora; la opinión de otros Estados miembros; la adopción de

medidas por la AG y consideraciones de otras organizaciones intergubernamentales y foros internacionales.

Se destaca en el Informe de la SG la contribución de los países del Mercosur así como de Bolivia y Chile en apoyo a los derechos legítimos de la República Argentina en la controversia relativa a la soberanía sobre las Islas. En el mismo sentido se expidió el Grupo de Río.

La OEA expresó su satisfacción por los esfuerzos del gobierno argentino en la búsqueda de una solución pacífica de la controversia. El Reino Unido reiteró el rechazo a una declaración semejante, de noviembre de 1995.

Para Alfredo Bruno Bologna la diplomacia argentina pasó del enfoque multilateral en tiempos de Alfonsín al bilateral en tiempos de Menem, para restablecer sus relaciones con Gran Bretaña. Pero resulta erróneo no reforzar la negociación bilateral con el recurso a los organismos internacionales.³⁵

F. Conflicto fronterizo Ecuador-Perú

En enero de 1995, el litigio fronterizo con Perú se intensificó. Ecuador había enviado sus tropas a la región limítrofe en disputa, y no tardó en producirse un violento choque entre los ejércitos de ambos países. El territorio en litigio abarca una extensión de 340 km² en la cordillera del Cóndor que atraviesa ambos países. Es una región montañosa e inexplorada, pero al parecer con ricos yacimientos de oro, petróleo y uranio. El territorio fue asignado a Perú en 1942 por el Acuerdo de Itamarati, firmado por este país y Ecuador en Río de Janeiro, y en el que figuran como garantes Argentina, Chile, Brasil y Estados Unidos. Aunque firmó el acuerdo, Ecuador siempre lo ha cuestionado.³⁶

³⁵ Bruno Bologna, op. cit.

³⁶ Cuando el Ecuador solicitó al árbitro la delimitación por las cumbres de esa cordillera, conocía cabalmente la "realidad geográfica" de toda esa zona, incluyendo la extensión total del río Cenepa, que pretendió haber "descubierto" apenas en 1949; vale decir, dos años después de recibir el levantamiento aerofotográfico de los Estados Unidos (1947) que de acuerdo con el profesor George McBride, demuestra precisamente lo contrario de lo que sostiene el Ecuador.

Los trabajos realizados por la Comisión Mixta Demarcadora entre 1944 y 1945 prueban también que Ecuador tenía pleno conocimiento de la realidad geográfica en esta zona.

Las escaramuzas continuaron en enero, y en febrero la aviación peruana efectuó ataques aéreos. Al terminar el conflicto, la evaluación que hizo la Asociación Americana de Derechos Humanos emitió la cifra de al menos 200 muertos y heridos por ambos lados, unas 5.000 personas desplazadas de sus hogares en el norte de Perú y cerca de 15.000 en el sur de Ecuador. En marzo se firmaron dos acuerdos de alto el fuego para permitir el inicio de negociaciones de paz.

El gobierno peruano presentó el resultado del conflicto bélico como un rotundo éxito y el presidente Fujimori vio aumentada su popularidad.

Cuando se produjo la transmisión del mando presidencial en el Paraguay, de Wastmosy a Cubas, se encontraban presentes los presidentes de Perú y Ecuador. En esa oportunidad los Estados garantes obtuvieron de ambos mandatarios el compromiso de iniciar las tratativas de un tratado de paz definitivo.

El acuerdo transitorio de paz entre Perú y Ecuador. El 26/10/98 se firmó en el Palacio de Itamaratí, Brasilia, los acuerdos de integración socioeconómicos y limítrofes que encaminan a ambas naciones hacia la paz definitiva, dejando atrás cien años de enfrentamientos bélicos. Además de los presidentes Jamil Mahuad, de Ecuador y Alberto Fujimori, de Perú, firmaron en calidad de garantes Carlos Menem por Argentina, Fernando Henrique Cardoso, de Brasil, Eduardo Frei, de Chile y el enviado de Bill Clinton, Tomas Mc Larty III, que mantienen su calidad de países garantes de la paz. El acto contó con la presencia de otros presidentes latinoamericanos, el representante del Papa y el Secretario General de la OEA, y los reyes de España.

Los acuerdos: Se firmaron dos tratados: uno de comercio y navegación, y otros de integración fronteriza, y notas reversales sobre obras en el Canal Zumilla. El acuerdo de navegación regula el Río Napo. Se creó una Comisión Binacional para fomentar medidas de confianza mutua y de seguridad.

Los nuevos límites: La bahía del Río Cenepa, reclamada por Ecuador pasó a ser definitivamente peruana. Se creó un Parque Ecológico desmilitarizado en una superficie de 54,4 km² peruanos y 25,4 km² ecuatorianos. El parque comprende también el Puesto de Tiwinza, área histórica de 1 km², el cual se mantiene bajo la soberanía peruana pero será de propiedad ecuatoriana. El acuerdo de integración incluye la explotación conjunta de dicho parque. Con apoyo internacional invertirán más de seis millones de dólares en proyectos de integración fronteriza

y desarrollo. Ecuador devuelve a Perú los puestos militares que logró controlar con la guerra de 1995.

En ambos países la reacción de los sectores nacionalistas fue adversa a los tratados. No obstante, los simpatizantes de ambos gobiernos apoyaron la decisión de paz y la opinión pública internacional fue favorable a la decisión adoptada.

SECCIÓN XXVIII

NORMAS QUE RIGEN LAS HOSTILIDADES

121. Fuentes: A. *Principios*; B. *Usos y convenios*. 122. Combatientes legítimos: A. *Tierra*; B. *Mar*. 123. Medios de hostilización: A. *Tierra*; B. *Mar*; C. *Perfidia y astucia*. 124. Víctimas de la guerra: A. *Prisioneros de guerra*; B. *El derecho internacional humanitario*; C. *Heridos y enfermos*. 125. Teatro de guerra: A. *Tierra*; B. *Mar*. 126. Ocupación bélica: A. *Ocupación parcial*; B. *Ocupación total*. 127. Guerra aérea.

En los últimos 25 años, la comunidad internacional realizó un gran esfuerzo por humanizar las normas que rigen las hostilidades. Los Protocolos de Ginebra de 1977 consagran la concepción contemporánea del derecho internacional humanitario. Pero también se logra por vía de Conferencias Internacionales y convenciones la prohibición de armas químicas, tóxicas y biológicas; convenio de Ginebra sobre "Prohibiciones o restricciones al empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados" (1980). No obstante, continúan incontrolables los actos de genocidio, particularmente en luchas civiles como Ruanda y Yugoslavia.

121. Fuentes

A. Principios

El derecho de la paz y el derecho de la guerra constituyen dos sistemas normativos dentro del conjunto total del d.i.¹

La idea directriz del derecho de guerra es, según Verdross,² que en la guerra son lícitos todos los medios que conducen a la derrota del adversario, salvo los prohibidos por el d.i. positivo. Autoriza, en principio

¹ Es distinta la situación del derecho de neutralidad, según explicaremos oportunamente.

² Verdross, 1963, p. 361.

lo que prohíbe el derecho de paz: la destrucción de las vidas humanas, de los bienes y se limita tan sólo a humanizar estas medidas destructivas, de acuerdo a tres principios:

1) La hostilización puede tener como blanco *directo* tan sólo a los combatientes y los objetivos militares.

2) Están prohibidos todos los medios de hostilización que causen sufrimientos y daños *gratuitos*, vale decir que no sean necesarios para el objetivo de la guerra: la derrota del enemigo.

3) Y, además, los medios de hostilización *pérfidos*, reñidos con el honor militar.

Analizado el derecho de la guerra desde la perspectiva tridimensional se advierte que, admitiendo la permanencia del mismo valor, la norma lo protege en un grado menor o mayor³ en la medida de las posibilidades que ofrece la realidad o dimensión sociológica.⁴

Y este efecto se nota bien en la materia que estamos estudiando. Impidiendo los conflictos armados el derecho de la paz protege plenamente al hombre contra los efectos desastrosos de la guerra: la muerte, las mutilaciones, la destrucción de los bienes culturales y económicos. El derecho de la guerra se limita a suavizar estos males. Constituye el último refugio en donde se retira el hombre cuando no logra la realización del bien común, que es el objetivo del derecho de paz.

La misma relación se impone también en el plano histórico, mirando la relación entre el derecho de la guerra y el derecho a la guerra. En el pasado se consideraba el derecho a la guerra como facultad inherente a la soberanía, sacrosanta, elevada a la jerarquía de un santuario intangible; por lo tanto la tarea de *lege ferenda* se limitaba a menguar este mal inevitable por medio del desarrollo del derecho de la guerra. Entre las dos guerras, este prejuicio fue superado y, por lo tanto, la SDN abordó un objetivo más ambicioso de *lege ferenda*: la proscripción de la guerra por medio del desarrollo del derecho a la guerra.⁵

³ Consulta oral del prof. Juan Casaubón.

⁴ Halajczuk, 1963, v. 4, N° 3, ps 347-8.

⁵ Véase secciones XXVI y XXVIII.

B. Usos y convenios

Como el objetivo principal del derecho de la guerra es la humanización de este mal, puede considerarse que su fuente material fue y es la moral cristiana. El derecho romano privaba de toda protección a los prisioneros de guerra a tal grado que incluso un ciudadano romano capturado por los enemigos, sufría la *capitis diminutio*. En cuanto a la prohibición de los medios péfidos, puede atribuirse a la moral caballeresca, que es de patrimonio germánico.

Bajo el impacto de estas fuentes materiales se desarrollaron los *usos* de la guerra, o sea el derecho consuetudinario que paulatinamente fue codificado por medio de una serie de convenios, desde la mitad del siglo pasado:

- 1) La Declaración del Derecho Marítimo de París, del 16-4-1856.
- 2) El Convenio de Ginebra del 22-8-1864, renovado por otro convenio firmado el 6-7-1906, también en Ginebra, con miras a mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña.
- 3) Las declaraciones de San Petersburgo del 29-11 y 11-12-1868.
- 4) La Declaración de La Haya del 29-7-1889: a) sobre la prohibición de emplear proyectiles con gases asfixiantes o tóxicos y b) sobre la prohibición de usar proyectiles que se dilatan fácilmente en el cuerpo humano (balas *dum-dum*).
- 5) Los convenios de La Haya relativos a las leyes y usos de la guerra terrestre del 29-7-1889 y 18-10-1907 y el reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre.
- 6) El VI Convenio de La Haya relativo al régimen de los buques mercantes enemigos, al empezar las hostilidades, del 18-10-1907.
- 7) El VII Convenio de La Haya relativo a la transformación de buques mercantes en buques de guerra del 18-10-1907.
- 8) El VIII Convenio de La Haya sobre la colocación de minas submarinas automáticas y de contacto, del 18-10-1907.
- 9) El IX Convenio de La Haya relativo al bombardeo de las fuerzas navales en tiempo de guerra, del 18-10-1907.
- 10) El X Convenio de La Haya para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra, del 18-10-1907.
- 11) El XI Convenio de La Haya relativo a ciertas restricciones al ejercicio del derecho de captura en la guerra marítima, del 18-10-1907.
- 12) El Protocolo de Ginebra sobre la prohibición de la guerra

química y bacteriológica, del 17-6-1925.

13) El Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña, del 27-7-1929, y del 28-8-1949.

14) El Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, también del 27-7-1929, y del 12-8-1949.

15) El Protocolo de Londres, del 6-11-1936, sobre la guerra submarina.

16) El Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, del 12-8-1949.

17) El Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, del 12-8-1949.

18) Protocolos de Ginebra de 1977 y sus anexos.

Los convenios anteriores se firmaban con la cláusula *si omnes*, y últimamente, a partir de los convenios de 1949, se aplica la cláusula *erga omnes*. Esto significa que en el pasado un convenio se aplicaba tan sólo si todos los Estados beligerantes lo habían ratificado; por ejemplo, según mencionamos oportunamente, durante la Segunda Guerra Mundial, Alemania negó toda protección a los prisioneros soviéticos, bajo el pretexto de que la URSS no había firmado el convenio de 1929. Sin embargo, en tal caso conserva su vigencia la norma consuetudinaria anterior a la codificación.

Ahora se considera que el beneficiario de esta clase de convenios es la persona humana; por lo tanto ella no debe sufrir por la negligencia de sus gobernantes que no ratificaron ni firmaron el respectivo convenio; por lo tanto su vigencia es absoluta, está en vigor incluso si no ha sido ratificado por una de las partes. Por la misma razón, es obligatorio también para los combatientes de un Estado no reconocido o para quienes luchan bajo las órdenes de un gobierno que carece de reconocimiento.

Según hemos mencionado oportunamente, lo que prohíbe la carta de la ONU no es la guerra (que prohibía el Pacto Briand-Kellog), sino el recurso a la coacción armada. Una evolución similar se produjo en el derecho de la guerra: sus normas deben aplicarse independientemente de la existencia del Estado de guerra, para toda clase de hostilidades en una guerra internacional no declarada y en la lucha civil; e incluso, a los sublevados no reconocidos como beligerantes. Al contrario, otras normas del derecho de la guerra, ajenas a las hostilidades (que hemos expuesto al final del capítulo anterior), rigen tan sólo las relaciones entre dos Estados que se encuentran en guerra.

Constituyen una valiosa contribución al desarrollo de esta parte del d.i. ciertas fuentes internas: como la legislación y las instrucciones del ejército en campaña. Por ejemplo, los convenios de La Haya de 1907 se inspiraron en gran medida en las instrucciones norteamericanas de 1863.⁶ Técnicamente pueden interpretarse como normas del derecho consuetudinario. Se forman si un gobierno proclama una norma del d.i. y otros gobiernos la aceptan tácitamente.

La contribución jurisprudencial se opera sobre todo por medio de la sentencia de los tribunales de presas. Los fallos de los tribunales militares de Nuremberg y de Tokio, así como el convenio de Londres de 1945, despertaron notorias reservas, que exponemos oportunamente.⁷

En los tratados y manuales del d.i. se divide por lo general el tratamiento del derecho de la guerra en: terrestre, marítimo y aéreo. En la presente obra estudiaremos conjuntamente la guerra terrestre y marítima.

El d.i. humaniza la guerra de tal modo que limita el número de individuos que pueden ser blanco de las hostilidades, clasificándolos en combatientes legítimos y no combatientes; prohíbe ciertos medios de hostilización contra los combatientes y los protege cuando son capturados o heridos.

Después de la codificación del derecho de la guerra producido con la firma de los Convenios de Ginebra de 1949, a instancias de la ONU se han dictado las siguientes regulaciones:

—Convención de La Haya sobre protección de los bienes culturales en caso de guerra, firmada en 1954;

—Resolución de la AG de la ONU de 1974, que define el concepto de “agresión”.

—Protocolos de Ginebra de 1977, adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, sobre conflictos internacionales y no internacionales.

—Convención sobre prohibición de armas químicas, tóxicas y biológicas, 1971.

—Convenios de Ginebra sobre “Prohibiciones o restricciones al

⁶ Cabe agregar, que EE.UU. modificó las instrucciones para la guerra marítima en 1955 y para la terrestre en 1956.

⁷ Véase N° 86.

empleo de ciertas armas convencionales que pueden considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados”, del 10/10/1980; con tres Protocolos Anexos:

—I. Sobre fragmentos no localizables;

—II. Sobre prohibiciones o restricciones al empleo de minas, armas trampa y otros artefactos.

—III. Sobre prohibiciones o restricciones al empleo de armas incendiarias.

122. Combatientes legítimos

El d.i. suaviza la guerra limitando el conjunto de personas que pueden participar en las hostilidades, operando una doble distinción: primero clasifica a los extranjeros en súbditos enemigos y neutrales⁸ y luego subdivide a los primeros en combatientes y no combatientes.

a) *Definiciones*: En los Protocolos de Ginebra de 1977 se reconocen como fuerzas armadas no sólo las pertenecientes a los Estados soberanos, sino también las que pertenecen a movimientos de resistencia, según los define el art. 4 del 3er. Convenio de Ginebra de 1949. En el art. 43 del protocolo adicional se establece que “las fuerzas armadas de una parte en conflicto se componen de todas sus fuerzas, grupos y unidades armadas y organizadas, colocadas bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados, aún cuando esa parte esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocida por la parte adversaria”, y luego los reconoce como combatientes.

b) *La situación de los combatientes en hostilidades no clásicas*, como las guerras de liberación o por conflictos raciales o religiosos, puede resultar de difícil encuadramiento legal por la influencia de las motivaciones políticas sobre el análisis técnico. Edgardo Semberoz, señala que la doctrina de los países que han protagonizado conflictos coloniales y/o raciales es más liberal que la de los Estados en que no han existido esos problemas.⁹

⁸ Véase N° 170.

⁹ Semberoz, Edgardo R. “Manual de Derecho Internacional Público y Principios del Derecho Internacional Humanitario”, Bs.As.1996, p. 179.

A. Tierra

El d.i. distingue entre combatientes y no combatientes. A los primeros los faculta para la acción pero por lo mismo, pueden ser blanco de los ataques del adversario, adquieren la condición de prisioneros de guerra si son capturados por el enemigo. Los no combatientes no pueden realizar actos de hostilidades, pero en cambio deben ser respetados por el enemigo.¹⁰ Esta distinción, aceptada particularmente por el derecho consuetudinario, fue codificada en 1907 y reconocida por la jurisprudencia interna.¹¹

La condición de combatientes regulares se otorgaba en virtud del IV Convenio de La Haya de 1907:

1. A todos los miembros de las fuerzas armadas del Estado, tanto nacionales como extranjeros.

2. A los levantamientos en masa. El artículo 40 del IV Convenio de La Haya de 1907, admite que cuando la población de un territorio no ocupado se levanta en masa contra el invasor, sin haber tenido tiempo para organizarse, debe tratársela como beligerante, si: a) lleva las armas ostensiblemente, y b) respeta las leyes y usos de la guerra. Hasta el presente esta norma no tuvo aplicación.

3. A los miembros de las milicias y cuerpos voluntarios, que según el artículo 1º del reglamento de 1907, tienen calidad de combatientes legítimos si: a) tienen a un jefe responsable; b) algún signo distintivo reconocible a distancia, y c) lleven armas ostensiblemente y observen las leyes y usos de la guerra.

El convenio de armisticio franco alemán (del 22-4-1940, art. 10º) estipulaba que los súbditos franceses que continuaran combatiendo contra Alemania serían tratados "como francotiradores".¹² Como las fuerzas francesas libres continuaban combatiendo, siguiendo el llamado del general De Gaulle, el alto mando alemán amenazó fusilar a 2.000 prisioneros franceses de las Fuerzas Francesas de Liberación que formaban parte del 8º ejército británico, capturados en 1942 en Libia.

¹⁰ Si cometen actos de hostilidades se exponen a sanciones penales.

¹¹ La jurisprudencia internacional abordó esta materia tan sólo incidentalmente, como por ejemplo en el caso Damson, que se había presentado ante la Comisión Mixta de Reclamaciones norteamericano-alemana en 1925.

¹² Bajo esta denominación se organizaron en Francia, en 1870, varias unidades de voluntarios; Bismarck y el general von Werder les negaron la condición de beligerantes de parte del gobierno y del alto mando alemanes.

No ejecutó esta amenaza gracias a una intervención del Comité Internacional de la Cruz Roja. Por lo general, los enemigos trataban a los miembros de las Fuerzas Francesas de Liberación como combatientes regulares.

La Segunda Guerra Mundial se caracterizó por el importante papel que desempeñaron los guerrilleros en los territorios europeos ocupados por el Eje, sobre todo en Francia, Polonia, Ucrania, Bielorrusia, Yugoslavia, Grecia, Noruega e Italia. En 1939 no existía ninguna reglamentación jurídica sobre la cuestión, porque el reglamento de La Haya de 1907 se ocupaba únicamente de las milicias y cuerpos de voluntarios, pero no mencionaba a los miembros individuales de los movimientos de resistencia. El Alto Estado Mayor alemán había tomado una actitud ya antes de la guerra; la ordenanza del 17-6-1938 preveía la pena de muerte "por actividad de francotirador" a toda persona que, sin formar parte de las fuerzas enemigas, llevara arma, o interviniera en un combate contra el ejército alemán. Por consiguiente a los guerrilleros en general se los ejecutaba como terroristas.

En la conferencia de 1949 se debatió la cuestión si los miembros aislados de los movimientos de resistencia debían ser tratados o no, como combatientes legítimos.¹³ La conferencia no incluyó la resistencia individual dentro de los combatientes. Sólo los miembros de un movimiento de resistencia organizado gozan del status de prisioneros de guerra, siempre que se ajusten a las condiciones establecidas en el reglamento de La Haya de 1907.

B. Mar

En la guerra marítima como en la terrestre, vuelve a encontrarse la distinción que ya hemos examinado entre combatientes y no combatientes. Pero esta vez ya no son individuos sino buques; y el problema de determinar quiénes son en el mar beligerantes legítimos, se reduce a fijar cuáles son los barcos que tienen derecho a la acción y, correlativamente, pueden ser blanco de los actos hostiles del adversario. Si un navío combate sin tener la facultad jurídica de hacerlo, sus tripulantes no tendrán derecho a que se los trate como prisioneros, sino que corren el riesgo de la represión penal en caso de captura.

¹³ Han sido rechazadas las propuestas de asimilar los movimientos de resistencia al levantamiento en masa, y de tratarlos a la luz del derecho de legítima defensa contra la agresión.

Los únicos navíos que tienen indiscutible derecho a combatir son los barcos de guerra en el sentido del d.i., construidos con ese propósito exclusivo. Sin embargo, también otras clases de barcos pueden gozar del status de combatientes.

Durante mucho tiempo se reconoció a los corsarios¹⁴ la condición de beligerantes. El corsario era un armador cuyo barco en tiempo de paz se dedicaba a comerciar. En tiempo de guerra recibía de su gobierno la patente de corso que le autorizaba a capturar barcos enemigos, cuyo botín constituía su única remuneración.

Esta institución alcanzó gran desarrollo en los siglos XVII y XVIII sobre todo en Inglaterra (Lord Drake). Progresivamente se fue rodeando de ciertas garantías. El corsario depositaba una caución pecuniaria para garantizar la reparación de los perjuicios que pudiera causar si un tribunal de presas no confirmaba las capturas realizadas por él. El corso degeneraba fácilmente en piratería en perjuicio de los neutrales e incluso de los propios connacionales. Por otra parte Inglaterra, al principio favorable, cambió su postura ante esta institución que permitía a los Estados con modestas armadas luchar contra ella sin mayores gastos. Al terminar la guerra de Crimea se decidió la abolición del corso en la declaración de París de 1856, a la que la mayor parte de las potencias marítimas se fueron adhiriendo en años sucesivos.¹⁵

En lugar del corso los Estados crearon otras instituciones para compensar la insuficiencia e incluso la falta de armada; las flotas voluntarias y los cruceros auxiliares.

Las flotas voluntarias se componen de barcos mercantes rápidos que se incorporan a la armada, quedando asimilados a los buques de guerra.

El 8º Convenio de La Haya, de 1907, autoriza la transformación de los barcos mercantes en barcos de guerra. Esta transformación queda subordinada a una serie de condiciones: 1) El control por parte del Estado beligerante; 2) la obligación de ostentar la insignia de los barcos de guerra; 3) el mando a cargo de los oficiales de carrera; 4) la sumisión de la tripulación a la disciplina militar; 5) la inscripción en el registro de la armada, y 6) la observancia del derecho de guerra.

¹⁴ Los corsarios no deben confundirse con los piratas (véase Mar, N° 64) aunque pueden presentarse casos dudosos.

¹⁵ El Congreso Argentino tenía la facultad de conceder patentes de corso (art. 67, inc. 22). Esta disposición no fue eliminada en la Reforma Constitucional de 1957, pero fue suprimida por la Reforma de 1994.

Jurídicamente el crucero auxiliar tiene la condición de barco público, lo que ha reconocido la jurisprudencia internacional e interna.¹⁶

Se discute si un barco mercante tiene derecho a armarse para su eventual defensa.

Sobre este problema, la doctrina ya estaba dividida antes de 1914. La opinión dominante era favorable al armamento defensivo fundamentándolo en un Estado de necesidad o en el derecho de legítima defensa. La jurisprudencia internacional de las dos guerras mundiales ha reconocido abiertamente la legalidad de estas medidas defensivas, estimando que no quitaban al barco su condición.¹⁷

123. Medios de hostilización

A. Tierra

El artículo 22 del Reglamento de La Haya de 1907 prohíbe el empleo de los medios bárbaros y pérfidos. Considera como bárbaros los que causan sufrimientos y daños inútiles, a saber las balas explosivas que estallan dentro del cuerpo (prohibidas por la declaración de San Petersburgo, del 11-12-1868); las balas expansivas o dum-dum, que se

¹⁶ No cabe duda que la transformación puede llevarse a cabo en los puertos y en las aguas jurisdiccionales de los beligerantes y que no puede realizarse en puertos ni en aguas neutrales. Pero quedó controvertida la cuestión de saber si la transformación puede operarse en alta mar, cuestión que no fue resuelta por la XII Convención de La Haya ante las divergencias de criterio entre los Estados. La doctrina francesa admite la transformación realizada en alta mar; Gran Bretaña, en cambio, combatió siempre esta interpretación liberal, alegando una objeción jurídica. Por ser un acto de soberanía, la transformación no puede llevarse a cabo allí donde no se ejerce soberanía alguna. Detrás del argumento legal se disimula un particular interés importante para Inglaterra. Tampoco se solucionó el problema inverso de la nueva transformación de un crucero auxiliar en barco mercante. (Durante la guerra ruso-japonesa de 1905, se planteó el problema de la licitud de la transformación de los cruceros auxiliares rusos *Petersburg, Smolensk y Malacca*.)

La doctrina y la jurisprudencia han negado la validez de dicha alteración en puerto neutral.

En principio, los barcos mercantes no deben tomar parte en las hostilidades, pero tradicionalmente tienen derecho a oponerse a los barcos enemigos que intenten apresarlos.

¹⁷ Casos de *Kronprinz Wilhelm Prinz Eitel Friedrich, Locksun, Princess Alice, Holsatia, Coblenz, Jambia*, en 1929.

deforman, abriéndose o aplastándose en el cuerpo humano (prohibidas por la declaración de La Haya de 1899 y el Tratado de Washington, de 1921) y los gases asfixiantes y bacteriológicos (prohibidos por el protocolo de Ginebra de 1925).¹⁸ El empleo de los medios *químicos o bacteriológicos* fue prohibido, además, por una resolución de la Conferencia General de Desarme de 1932, y por la SDN en 1938.

Las armas químicas fueron utilizadas durante la Primera Guerra Mundial, primero por Alemania y luego por Italia contra Etiopía (1935-1936). La prohibición ha sido escrupulosamente respetada durante la Segunda Guerra Mundial, pero en la época de postguerra se empleó el napal en Corea y Vietnam.

En cuanto al *bombardeo*, el art. 25 del Reglamento de 1907 hace la distinción entre ciudades abiertas y ciudades defendidas, considerando como lícito sólo el bombardeo de estas últimas. Pero esta distinción corresponde a una táctica anticuada, de una época en que la guerra tenía una movilidad que ya no correspondía a las condiciones de 1914 (la estabilización del frente; la guerra de trincheras). Actualmente son inaplicables las normas que imponen la obligación de anunciar la intención de atacar, para posibilitar la salida previa de los no combatientes. El bombardeo debe limitarse a los objetivos militares, respetando los edificios públicos y las viviendas.

Otras Convenciones: Para atenuar los efectos de la guerra la ONU logró:

—La *Convención sobre prohibición de desarrollo, producción y almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas, y sobre su producción* de 1972, que prohíbe esas actividades respecto de los agentes microbianos y otros agentes biológicos, y las armas, equipos o vectores destinados a utilizarlos (art. 1). Los Estados partes se comprometen a la destrucción de estas armas o a destinar esos agentes hacia fines pacíficos, adoptando medidas de precaución ambiental (art. 2); a no transferir a otros ni los agentes ni la tecnología aplicable (art. 3); a cooperar en la investigación que se realice a consecuencia de una denuncia (art. 4); obligación de prestar asistencia a un Estado respecto del cual el Consejo de Seguridad declara que ha quedado expuesto a un peligro de resultados de una violación de la Convención.

—La *Convención que prohíbe el empleo de ciertas armas conven-*

¹⁸ Con motivo del 45º aniversario de la celebración del Convenio, la AG de la ONU invitó a los Estados miembros a firmarlo o ratificarlo en el transcurso del año 1970 (Resolución 2603 B XXIV).

cionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, de 1981.

—La *Convención que prohíbe el empleo de armas químicas*, de 1993.

Armas prohibidas: Pese al holocausto generalizado que podría producir una guerra nuclear, no se ha logrado la prohibición de la energía atómica con fines bélicos, al menos en el teatro de las operaciones, pero adviértase que se prohibieron los ensayos nucleares en la atmósfera, en el espacio exterior y bajo la superficie de las aguas, Moscú, 1963, en el Tratado del Espacio Ultraterrestre (Washington, 1967), y en el Tratado Antártico (1961), en el Tratado sobre la prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa en fondos marinos y oceánicos y su subsuelo del 11-2-1971 y que además, se han firmado el Tratado de No Proliferación Nuclear, Londres, 1968 y el Tratado de Tlatelolco, México, 1967. También se adoptó la Convención sobre la prohibición de utilizar técnicas de modificación del medio ambiente con fines hostiles, el 10/12/1976.

El Protocolo sobre prohibiciones o restricciones sobre el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II) de Ginebra, 1977, impone la obligación de advertir a la población civil sobre el minado de objetivos militares. La prohibición del uso de minas antipersonales se estableció en la Convención de Ginebra firmada el 10/10/1980. En el Simposio sobre minas antipersonales de Montreaux, Suiza, de abril de 1993, se perfeccionó el tratamiento del tema.

La Conferencia Diplomática de 1977, sobre la guerra terrestre se definió el *objetivo militar* como “aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyen a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca una ventaja militar definida”; Se codificaron normas de origen consuetudinario sobre la protección general de la población civil durante las hostilidades, como la obligación de distinguir entre población civil y combatientes, la definición de ataque como acto de violencia contra el adversario, y la prohibición expresa de ataques indiscriminados, respecto a la cual la jurisprudencia del Tribunal de Nuremberg sobre destrucción de ciudades, localidades o pueblos, o su devastación no justificada por extrema necesidad militar, los ha calificado como “crímenes de guerra”.¹⁹ También se prohibieron las represalias contra la población civil,

¹⁹ Juicios de Nuremberg, Caso del Mariscal Jold, respecto a las operaciones en Noruega y en Rusia, citado por Semberoiz, Edgardo R, en op. cit., p. 187.

así como atacar, destruir, sustraer o inutilizar bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, atacar obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, como diques o centrales atómicas, cometer actos de hostilidad contra bienes culturales y lugares de culto. Se estableció como signo distintivo especial para la protección de estos bienes tres círculos de color naranja a lo largo de un mismo eje.

B. Mar

El IV Convenio de 1907 extiende a las guerras marítimas las normas del *bombardeo* terrestre, fundadas en la distinción entre ciudades abiertas y ciudades defendidas.

Es una analogía poco lograda, porque técnicamente un puerto no defendido puede estarlo en unas horas, si llega a él una escuadra o si se establece una barrera de minas submarinas. Sería más apropiado hacer depender la licitud del bombardeo de la existencia de objetivos militares dentro o en las inmediaciones de la ciudad. Menos aún es aceptable esa analogía en el bombardeo aéreo, según veremos en el último subcapítulo.

El citado convenio autoriza a la armada el bombardeo de una ciudad, a fin de destruir las obras militares y barcos de guerra que se encuentran en su puerto (art. 2°), y en caso de que las autoridades locales no accedan a la requisita de los víveres o de los aprovisionamientos para el abastecimiento de la escuadra enemiga (art. 3°); pero no autoriza la destrucción de los barcos mercantes que se encuentren en un puerto no defendido. El IV Convenio establece el previo aviso y el respeto de los hospitales, los edificios religiosos, benéficos, históricos, etcétera.

La mina submarina es un artefacto con una fuerte carga de explosivo que estalla debajo del agua, por procedimientos diversos) 1) Minas con encendido accionado desde un puesto de observación terrestre, y 2) Minas automáticas de contacto. Estas últimas se subdividen en minas *fijas*, ancladas,²⁰ minas *flotantes* que carecen de amarres, flotan movidas por las olas y estallan al chocar con los navíos con que tropiezan, y minas *magnéticas*, con un dispositivo imantado que causa la explosión al paso del navío metálico.

²⁰ Prácticamente, son las únicas que se utilizan ahora.

El empleo de las minas submarinas está regulado por el VII Convenio de La Haya de 1907, que permite el empleo de las fijas y prohíbe el empleo de las flotantes, a menos de estar construidas de tal manera que resulten inofensivas, transcurrida una hora como máximo desde el momento en que quien las colocó haya perdido su control. El convenio exige también de los beligerantes (art. 3) que tomen todas las precauciones posibles para mantener la seguridad de la navegación pacífica, notificando las regiones peligrosas; que establezcan servicios de pilotaje; que vigilen los campos minados, etc. Los convenios de armisticio suelen imponer al Estado vencido el dragado de sus campos de minas. Durante la Primera Guerra Mundial, los beligerantes recurrieron intensamente a estos medios. En el transcurso de la segunda, recurrieron a las técnicas nuevas: minas magnéticas y colocación de minas desde hidroaviones.

Hasta la Primera Guerra Mundial, el *submarino* todavía poco perfeccionado, carecía de reglamentación jurídica especial. La primera Conferencia de La Haya, de 1899, abordó el problema sin resolverlo ante la divergencia de criterios. En las conferencias navales de 1921, 1922 y 1930 se afirmaron y se mantuvieron tres actitudes antagónicas ante esta arma.

La Conferencia Naval de Londres de 1930 se propuso objetivos más modestos, pero más eficaces. El artículo 22 del tratado naval suscripto en esa oportunidad, se limitó a un principio general. La asimilación de los submarinos a las unidades de superficie. Tienen derecho de visita y pueden hundir los barcos mercantes sólo en el caso de que se nieguen persistentemente a detenerse, o de que opongan resistencia activa a la visita. Deben asegurar la vida de los tripulantes y de los pasajeros y conservar la documentación de a bordo.

Durante la Segunda Guerra Mundial, los submarinos atacaban en grupo: veinte o treinta submarinos se relevaban sin interrupción. Aumentó considerablemente el radio de acción de los submarinos en inmersión y se inventaron métodos nuevos de abastecimiento: como cisternas submarinas sumergidas en lugares fijos y talleres subterráneos.²¹

Desde el punto de vista jurídico hubo violaciones aún más flagrantes que en 1914-1918, en que *progresivamente incurrían todos los beligerantes*, violando una norma indudable de derecho positivo.

²¹ Mediante el denominado Schnorkel, los submarinos pueden utilizar los motores diesel sin necesidad de emerger todos los días.

C. Perfidia y astucia

La astucia es lícita (sobre todo el "camouflage"), pero la perfidia está prohibida. Consiste en una disimulación fraudulenta y una falta de lealtad como por ejemplo el abuso de la bandera blanca, o el uso de pabellones o de uniformes falsos.²²

En el mar estas normas son menos severas. La doctrina británica admite una esencial distinción entre la navegación y la beligerancia bajo pabellón falso. Considera que para los barcos de guerra beligerantes la navegación bajo un pabellón falso constituye una astucia y no perfidia y por tanto un procedimiento lícito. Los Estados neutrales protestaban contra esta práctica, prohibiendo a los barcos extranjeros el uso del pabellón propio bajo pena de embargo o de exclusión temporal de sus puertos. Lo que se prohíbe es hostilizar o ejercer el derecho de visita enarbolando un pabellón falso.

El *espionaje* no constituye en sí mismo una violación del d.i. El espía puede ser castigado personalmente si es detenido en flagrante delito y debidamente juzgado. El Reglamento de La Haya determinó que un espía capturado por el enemigo después de haberse reincorporado al ejército al que pertenece, ha de gozar del *status* de prisionero de guerra, y no incurre en ninguna responsabilidad por sus anteriores actos de espionaje.

124. Víctimas de la guerra

A. Prisioneros de guerra

La condición de los prisioneros de guerra es objeto de sucesivos convenios: a) el capítulo II (arts. 4º al 20) del Reglamento de La Haya; b) el Convenio de Ginebra de 1929, para el mejoramiento de la condición de los prisioneros de guerra, y c) el Convenio de Ginebra, de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra.

La idea esencial es que el cautiverio no tiene objeto represivo, sino

²² Durante la ofensiva de Ardenas (la última iniciativa alemana en el transcurso de la Segunda Guerra Mundial), un comando alemán, con uniformes norteamericanos, penetró en la zona de retaguardia enemiga. No realizó ninguna operación bélica, sino que se limitó a cambiar postes indicadores, provocando de tal modo el caos en las filas enemigas.

que constituye una medida de precaución tomada respecto de un adversario desarmado a fin de impedirle reingresar en las filas enemigas. Por lo tanto debe ser respetada su vida y se lo debe tratar con humanidad. En caso de evasión, sólo pueden aplicárseles sanciones de orden disciplinario y no de orden penal.²³

A la tropa (no así a los oficiales) puede exigírsele que trabaje. Pero este trabajo no debe tener ninguna relación con las hostilidades. No puede exigirse que los prisioneros de guerra caven las trincheras o trabajen en la construcción de fortificaciones o en industrias de guerra. Sin embargo esta prohibición perdió mucho de su primitivo alcance durante la Segunda Guerra Mundial en cuyo transcurso toda la población quedaba prácticamente movilizada. Si los prisioneros trabajaban en el campo, los chacareros y los peones de campo podían destinarse a las industrias de guerra.

El convenio de 1929 no fue suscripto por algunos beligerantes. En consecuencia carecían de protección los prisioneros del Eje capturados por la URSS; los soviéticos capturados por Alemania, y los prisioneros de guerra aliados capturados por Japón. Alemania no reconocía a partir de 1941 la beligerancia de los Estados cuyos gobiernos habían abandonado el territorio nacional ocupado por el enemigo. Por este motivo carecían de protección los prisioneros de guerra polacos, noruegos, holandeses, belgas, griegos y yugoslavos. Después de la terminación de las hostilidades (8-5-1945), los súbditos de las potencias vencedoras fueron liberados inmediatamente mientras que la liberación de los prisioneros pertenecientes a los Estados vencidos se demoró a veces, algunos años. Al terminar la Segunda Guerra Mundial, los prisioneros alemanes fueron liberados en agosto de 1947 por EE.UU., en julio de 1948 por Gran Bretaña, en diciembre de 1948 por Francia, Polonia y Checoslovaquia, y recién en mayo de 1950 por la URSS. El 1-8-1952, la Comisión Especial de la ONU, estimó que la URSS retenía todavía 340.000 prisioneros japoneses y 100.000 prisioneros alemanes.²⁴

El Convenio de Ginebra de 1949 considera nulas las renunciaciones

²³ El 22-3-1944, fueron fusilados los 27 oficiales de Aeronáutica aliada que se evadieron del campamento. Los responsables de esta sentencia fueron condenados a muerte por el Tribunal Militar británico de Hamburgo el 3-9-1947.

²⁴ 4.000.000 de soldados alemanes fueron capturados por las potencias occidentales y 3.800.000 por la URSS en la Segunda Guerra Mundial. De estos últimos fallecieron o desaparecieron 1.321.000. La misma suerte tocó a 63.000 prisioneros italianos (sobre un total de 75.000) y 150.000 japoneses (sobre un total de 615.000)

unilaterales de los beligerantes a los beneficios del convenio de 1929 (art. 10, apartado 5º) e incrementa considerablemente las competencias de la potencia protectora, al encomendarle una activa intervención de asistencia (art. 126). Impone la repatriación inmediata de los prisioneros desde el momento en que terminen las hostilidades activas (art. 118).

Después de la guerra de Corea de 1950 numerosos norcoreanos capturados por el ejército surcoreano y el estadounidense, no querían volver bajo el régimen comunista. El gobierno norcoreano exigió su repatriación forzosa en virtud del citado artículo 118. En el momento de la firma del convenio resultaba difícil imaginarse que algunos prisioneros de guerra tomaran tal actitud. EE.UU. y Corea del Sur interpretaban la referida disposición a la luz de su fin y objeto, que era la protección de la persona del prisionero. Por el contrario los gobiernos comunistas le daban una interpretación literal.

B. El derecho internacional humanitario

Antecedentes: La Convención de Ginebra de 1864 sobre protección de los heridos, los enfermos y el personal sanitario es un precedente de los reglamentos de La Haya de 1907, del Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la condición de los prisioneros de guerra de 1929 y de los Convenios de Ginebra de 1949. En la redacción de estos últimos influyó la labor y los criterios del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Se trata de 4 convenios que se ocupan de heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (I), los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar (II), prisioneros de guerra (III) y de las personas civiles en tiempos de guerra (IV).

Los Protocolos de 1977: Posteriormente, también a instancias del gobierno suizo y del CICR se firmaron en Ginebra en 1977 dos Protocolos Adicionales a los de 1949, el I sobre protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el II sobre la misma protección en conflictos que no tienen carácter internacional. Estos

2.300.000 prisioneros soviéticos murieron en los campos de concentración alemanes, donde vivían a la intemperie en invierno. (Citamos estas cifras según Rousseau, 1966, párrafo 748).

protocolos incorporan disposiciones sobre métodos y medios de guerra y el estatuto del combatiente, y en términos generales completan las normas del d.i. humanitario. Con relación a este último que se refiere a los conflictos no internacionales, corresponde precisar que no comprende situaciones de "perturbación interna", al menos hasta que la misma no se exprese en la formación de una entidad que reúna las características de un sujeto de d.i. o sea de un insurrecto en este caso concreto.

C. Heridos y enfermos

Una serie de convenios de Ginebra, de 1864,²⁵ 1906, 1929 y 1949, tienen por objeto el mejoramiento de la situación de los heridos y enfermos. Los beligerantes deben cuidar a los heridos y enfermos adversarios que caigan prisioneros de guerra y respetar al personal sanitario que no puede intervenir en las hostilidades; además prohíbe disparar sobre las ambulancias y los hospitales. Cuando el material sanitario cae en manos del enemigo éste debe restituir el material móvil y no puede destinar el fijo a otro fin. Para la protección del personal y de las formaciones sanitarias se usa el emblema de la Cruz Roja sobre fondo blanco en virtud del Convenio de 1864. Hubo numerosas violaciones de estas normas: abusos en la utilización del emblema de la Cruz Roja y bombardeos de los objetos que lo exhibían.

125. Teatro de guerra

A. Tierra

Las hostilidades pueden desarrollarse sólo en determinados espacios. Algunos internacionalistas como Oppenheim distinguen entre las zonas de guerra, el espacio donde los beligerantes pueden preparar las hostilidades y el espacio donde efectivamente se desarrollan las hostilidades. Generalmente estas dos zonas coinciden pero no siempre es así. Ciertas partes del territorio de los Estados beligerantes quedan excluidas de las hostilidades por una decisión unilateral de la parte

²⁵ Celebrado bajo la impresión de la suerte de los heridos que quedaron desamparados después de la batalla de Solferino, en 1859.

adversa (así excluyó Italia entre 1911 y 1912 a Creta y Egipto), o en virtud de normas internacionales que excluyen convencionalmente una porción de territorio de la zona de guerra, neutralizándola.²⁶ Por otro lado, las hostilidades pueden a veces extenderse al territorio de un Estado neutral.²⁷

Todas estas situaciones se presentaron durante la Segunda Guerra Mundial, cuando se extendieron las hostilidades a los Estados neutrales (Egipto), y territorios neutralizados (islas del Pacífico que estaban bajo mandato japonés). Lo mismo ocurrió con los territorios de los Estados aliados ocupados por el Eje, a pesar de que sus gobiernos de hecho habían decidido en 1940 cesar las hostilidades (Francia, Bélgica, Países Bajos, Dinamarca, Noruega); y se ocuparon preventivamente algunos Estados, como Egipto y Dinamarca. También fracasaron los esfuerzos para restringir convencionalmente el teatro de las hostilidades, excluyendo de él las colonias (artículo 11 del Acta General de Berlín de 1885), pero los ingleses atacaron en 1914 Africa Oriental alemana y después otros territorios, hasta conquistar las colonias de aquella potencia.

Como ya dijéramos en el punto 123 A, la Conferencia Diplomática de 1977, en cuanto a la guerra terrestre definió el objetivo militar y codificó normas de origen consuetudinario sobre la protección general de la población civil durante las hostilidades teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional y el concepto de crimen de guerra.

B. Mar

Según la opinión de algunos tratadistas, la guerra marítima se desarrollaría únicamente en el mar, con exclusión de los ríos. Sin embargo, un autor que expresa tal parecer admite que "la única dificultad que puede surgir, para determinar si sus reglas son aplicables a los estuarios, ha sido resuelta afirmativamente con la práctica": el

²⁶ Las técnicas actuales de la guerra, que utiliza cohetes intercontinentales no se adaptan a las normas de la guerra tradicional.

²⁷ Por ejemplo la guerra ruso-japonesa de 1905 se desarrolló en Manchuria, parte de China neutral y en Corea. Durante la Primera Guerra Mundial los aliados ocuparon, y por lo tanto incluyeron en el teatro de la guerra, el puerto de Tesalónica, parte de Grecia neutral. El Tribunal de Presas francés calificó de legal el apresamiento del barco *Tinos*, realizado en aguas territoriales griegas.

13-12-1939 se libró una batalla en el río de la Plata y también en el río San Lorenzo hubo ataques marinos.

Sin embargo, en el siglo pasado la escuadra francesa libró el combate de Obligado, y durante la guerra de secesión estadounidense fueron numerosos los enfrentamientos exclusivamente fluviales en el río Misisipi.

El teatro de la guerra marítima comprende dos zonas especiales: las aguas jurisdiccionales de los beligerantes y el alta mar. La última constituye un elemento esencial del teatro de las hostilidades. En el umbral de la Segunda Guerra Mundial, las repúblicas americanas establecieron una zona de seguridad alrededor del continente americano que tenía que ser sustraída a las hostilizaciones de cualquier potencia beligerante no americana. Sin embargo, según lo demuestran numerosos incidentes, no se respetó la pretendida zona americana porque los dos bandos no aceptaron esta limitación de una norma de derecho internacional.

Quedan excluidas las aguas jurisdiccionales de los Estados neutrales en virtud del artículo 2º del Convenio de La Haya de 1907. Por otro lado fueron excluidos del teatro de la guerra ciertos espacios marítimos por medio de convenios internacionales de neutralización, que ya han sido descriptos; por ejemplo, el canal de Suez, el de Panamá, el Estrecho de Magallanes y las islas Aland.

La guerra marítima, ya dijimos que se rige por la Declaración de París de 1856 y las Convenciones de La Haya de 1907, así como por la Declaración Naval de Londres de 1909 y se utiliza como material de consulta el Manual Oxford del Instituto de Derecho Internacional de 1913.

El Protocolo I de Ginebra de 1977 extendió la aplicación del Convenio de 1949 a las embarcaciones costeras de salvamento con sus tripulaciones, así como a heridos, enfermos y náufragos combatientes o no, las que no pueden ser entregadas a la otra parte en conflicto. El art. 22 del mismo Protocolo autoriza a salir de los puertos que caigan en poder del enemigo a los buques hospitales que ocasionalmente se encuentren en ellos.

Hoy en día las fuerzas navales pueden ejercer una poderosa presión o una sanción del d.i. por medio del bloqueo o la cuarentena (caso cubano), que traslada a la otra parte la responsabilidad de iniciar una

²⁸ Semberoz, E.R. op.cit. p. 212.

escala de hostilidades para responder al bloqueo.²⁸ Pero también lo utilizan las grandes potencias navales para intervenir en situaciones políticas inestables de países costeros como Santo Domingo, Malasia, Tanzania, etc.

126. Ocupación bélica

A. Ocupación parcial

La ocupación de guerra no transfiere la soberanía sino tan sólo implica el traslado provisional de ciertas competencias del Estado ocupado al ocupante. En el pasado la ocupación de guerra llevaba consigo el cambio de soberanía, pero en la época contemporánea únicamente el tratado de paz traslada las fronteras.²⁹

El soberano conserva el ejercicio de sus competencias sobre el territorio ocupado. Este principio fue confirmado varias veces en lo que se refiere a la competencia legislativa y continúa rigiendo la legislación nacional. Es también amplia la competencia administrativa. Este principio fue frecuentemente desconocido durante las dos guerras mundiales y, sobre todo, durante la segunda; Italia anexó a Eslovenia el 3-5-1941; la URSS a Prusia Oriental, convirtiéndola en la región de Kaliningrado, el 17-10-1945, de acuerdo con las decisiones secretas de Postdam, y las islas Sajalín y Kuriles según el acuerdo secreto de Yalta, el 11-2-1945; Polonia los territorios alemanes del este, el 11-1-1945, por el acuerdo de Postdam.

El Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, desestimando una objeción de los acusados, recordó que “los efectos de la ocupación no se producen mientras un ejército se bate en defensa del territorio”, confirmando la distinción jurídica entre la ocupación de guerra y la anexión.³⁰ Sin embargo, según hemos mencionado, los aliados también aplicaron la práctica de anexiones, sin esperar la conferencia de paz. En consecuencia la ocupación de guerra se sustituyó provisionalmente

²⁹ En el caso de Faros, la CPJI reconoció a Turquía la facultad de prorrogar una concesión a una compañía extranjera (francesa), relativa a faros, ocupados por las tropas griegas.

³⁰ Rousseau comparte los fundamentos de la sentencia (1966, pár. 751), pero objeta la terminología empleada.

en el ejercicio de ciertas competencias relativas a la disposición y funcionamiento de la administración pública.³¹

Entre las competencias concretas del Estado ocupante se destacan las de orden reglamentario y jurisdiccional.

El Convenio de La Haya contiene principios generales de los cuales puede deducirse la prohibición del enriquecimiento del ocupante a costas del territorio ocupado pero carece de normas positivas.³²

El art. 46 apartado 2, prohíbe la confiscación de la propiedad privada, y el 47 el saqueo y las destrucciones. El art. 52 permite las requisas militares subordinándolas a cuatro condiciones: deben limitarse a las necesidades del ejército ocupante, estar de acuerdo con los recursos del país ocupado, emanar de autoridad jerárquica competente y ser indemnizadas. En aplicación de estos principios, la jurisprudencia internacional ha calificado de ilegales las requisas para cubrir las necesidades de sociedades privadas, como también las requisas sin indemnización o con una indemnización irrisoria; e impuso al Estado ocupante la obligación de indemnizar a los particulares perjudicados.³³

Además de los tribunales locales el Estado ocupante tiene la

³¹ Rousseau advierte de acuerdo a su notoria posición doctrinal, contra exagerados razonamientos por analogía con el derecho privado. Como extremo señala el intento de determinar las competencias del ocupante sobre la base de la teoría de la gestión de negocios, intento que tuvo cierta influencia sobre la jurisprudencia internacional. Con razón ha sido criticada esta posición. Sería difícil imputar seriamente al Estado ocupante la idea de administrar los asuntos del país ocupado hasta actuar por cuenta de éste. El mismo tratadista rechaza la distribución de las competencias entre el ocupante y el ocupado según criterios abstractos, deducidos de la naturaleza de las funciones estatales. El conflicto de competencias no se limita a una simple concurrencia legislativa o jurisdiccional, sino que implica una verdadera pugna militar entre Estados. Por lo tanto deduce Rousseau el criterio distintivo de las exigencias de *seguridad del ocupante*. Allí busca la distribución de las competencias, o sea la limitación de las facultades del soberano y del ocupante. Reconoció este criterio la jurisprudencia internacional, a través del Tribunal Permanente de Arbitraje en el asunto *Chevreau* en 1931. También el acuerdo anglo-japonés celebrado en Tokio el 21-7-1939 durante la guerra chino-japonesa, que reconocía las *necesidades especiales* de las fuerzas japonesas en China para la salvaguardia de su propia seguridad.

³² Véanse los casos de *Timber*, de Calerni y Fattori, el caso de Ocupación búlgara de Grecia, de *Standard Vacuum Oil Company*, de *Oro albanés*, de *Bernstein*, de *Haw Pia* y de Gibbs. Por otro lado la sentencia de Nüremberg. respecto de *Krauch* y de *Krupp*.

³³ Fallo del Tribunal Arbitral griego alemán del 23-8-1926 en el caso de *Karmatzukas*.

facultad de instalar sus propios tribunales militares para que juzguen los atentados contra la seguridad del ejército de ocupación. Todos los ocupantes hacen uso de este derecho pero a veces abusan de él, violando las competencias de los tribunales locales.

B. Ocupación total

a) Distinción. Desde el punto de vista de la Convención de La Haya de 1907, la ocupación de guerra es un fenómeno homogéneo sometido en cada caso a las mismas normas invariables, y el mismo punto de vista prevalece en la literatura del d.i.

A nuestro juicio hay que distinguir dos tipos fundamentales de ocupación que puede ser tanto bélica como pacífica. La ocupación total, es decir de un Estado entero, y la ocupación parcial, o sea de parte del territorio de un Estado.

En virtud de su base objetiva, esta clasificación está libre de las dudas que puedan originar la interpretación de las intenciones del ocupante que es un criterio subjetivo o variable, y ni siquiera perceptible. Pero lo fundamental es que los dos tipos de ocupación son en la dimensión sociológica dos fenómenos esencialmente distintos, cuyas características y consecuencias jurídicas son también diferentes.

La ocupación parcial implica sólo la reducción del territorio sobre el cual el Estado ejerce su poder soberano. Implica tan sólo cierto cambio en lo relativo a dos elementos: el territorio y la población. Por el contrario, la ocupación total afecta al sujeto principal del d.i.: el Estado. Sólo durante una ocupación total el gobierno abandona el territorio y en consecuencia, uno de los elementos constitutivos del Estado, el poder, pierde su vinculación con los otros dos elementos: el territorio y la población. El exilio de un gobierno en el exterior plantea cuestiones complicadas y poco profundizadas referentes a la situación jurídica del gobierno exiliado y al conflicto de sus derechos con los del ocupante.³⁴

³⁴ Para Scelle, entre la ocupación parcial y la total existe tan sólo una diferencia de grado (1948, p. 142). Una opinión análoga emitió Verdross (1961, p. 352). No comparte esa opinión la jurisprudencia de los tribunales aliados en Alemania: casos de *Altstötter*, del 4-12-1947 y de *Grahame*, de 26-7-1947; ni la jurisprudencia suiza (sentencia de la Cámara de Apelaciones de Zurich del 1-2-1945, en el caso de *Ocupación de Alemania*). Analiza esta materia Halajczuk en 1950, ps, 13-37. Véase Nº 48.

b) *Tipos de ocupación total.* La ocupación total tuvo lugar pocas veces en el pasado (excepto durante las guerras de Napoleón I), pero fue muy frecuente durante la Segunda Guerra Mundial.³⁵ El ocupante alemán administraba el territorio ocupado mediante sus propios órganos o bien ponía la administración del país ocupado en manos de las autoridades autóctonas, limitándose a la gestión directa de los asuntos importantes desde el punto de vista de la seguridad y de las operaciones de guerra (comunicaciones, industrias bélicas, alimentación, materias primas, mano de obra, etc.).³⁶

c) *Situación jurídica del Estado totalmente ocupado:* ¿Cuál es la condición jurídica del Estado totalmente ocupado?; ¿continúa su existencia bajo la ocupación enemiga?; en caso contrario, ¿quién es el sucesor de su territorio y de su población?

Pueden considerarse tres soluciones:

1. El Estado ocupado queda bajo la soberanía del ocupante por el hecho mismo de la conquista. Esa parece ser una opinión expresada con poca claridad por Kohler y de Makowski y más claramente por Kelsen. Pero esta solución no estaría de acuerdo con el derecho positivo. No puede pretenderse que, por ejemplo, los Países Bajos de 1940 a 1944, formaran parte de Alemania, aunque el propio derecho alemán los ha tratado como territorio extranjero enemigo y a pesar de las declaraciones del Reichskommissar alemán, en el sentido de que los Países Bajos no dejaban de ser un Estado independiente.

2. El Estado ocupado totalmente deja de existir aunque su territorio no pasa, junto con la población, bajo la soberanía de algún otro Esta-

³⁵ Pasamos por alto, por el momento las ocupaciones totales posteriores a la guerra de Japón y de Alemania.

³⁶ La administración militar alemana de los Estados ocupados, formaba parte de las fuerzas armadas y estaba subordinada al OKH (comando supremo del ejército). Los territorios bajo ocupación *militar* se dividían en cinco grandes circunscripciones: 1) Francia, 2) Bélgica, 3) Servia, 4) Salónica y el Archipiélago, 5) Grecia Meridional. El poder supremo en cada circunscripción estaba confiado al comandante militar (*Militaerbefehlshaber in Frankreich, Serbien, etc.*). La forma típica de administración *civil* de un Estado ocupado por Alemania era el comisariado del Reich (*Reichskommissariat*). Existían cuatro: en Noruega, en los Países Bajos, en Ucrania y en el llamado País Oriental (Ostland). El único Estado bajo ocupación italiana (Montenegro) era administrado por un gobernador subordinado al mando militar. En el otoño de 1943 Montenegro quedó bajo ocupación alemana. Por otra parte, es dudoso saber si podía considerarse a Montenegro como Estado, desde 1941 a 1945, ya que su independencia proclamada el 12-7-1947, no se hizo efectiva ni aun parcialmente.

do, sino que constituye provisionalmente tierra de nadie, un *nullius in terra*.³⁷ Esta segunda solución tampoco corresponde al derecho positivo, puesto que el ocupante y los terceros Estados consideran al Estado ocupado como existente y sus súbditos no pierden su nacionalidad.

3. El Estado totalmente ocupado continúa su existencia. Al examinar esta hipótesis admitida en la práctica internacional, se plantea la cuestión de saber si el Estado totalmente ocupado conserva sus tres elementos constitutivos y concretamente, el poder estatal. El problema es sumamente complicado, tanto más que la ocupación total encierra toda una escala de modalidades desde la conservación del gobierno propio con atribuciones, poco limitadas, hasta la administración directa por el ocupante. Cada caso constituye un tipo específico pero no podemos examinarlos a todos por separado, por ser demasiado numerosos y cambiantes.

Se cuestiona si el gobierno de tipo administrativo que conserva el ocupado puede considerarse como tercer elemento del Estado. "Si se identificara al gobierno con la actividad soberana, los gobiernos de los territorios totalmente ocupados no son más que oficinas administrativas supremas" —escribía Ipsen³⁸— puesto que "la soberanía del ocupante interviene en toda la escala desde el control hasta la autoridad administrativa".³⁹

³⁷ Según la opinión que Kelsen emitió antes e inmediatamente después de la capitulación incondicional de Alemania la sumisión del territorio de un Estado vencido a la administración de los vencedores equivaldría a una anexión tácita, a pesar de su carácter transitorio. Véase N° 126 C.

³⁸ Artículo publicado en *Brüsseler Zeitung* (Diario de Bruselas) el 4-11-1942 o sea en la época de la ocupación alemana de Bélgica.

³⁹ Los pocos autores que se ocupan de esta materia, juzgan también que el Estado ocupado existe hasta el momento de su anexión como un organismo estatal con su propia administración local con capacidad jurídica y patrimonio, como una corporación pública formada por súbditos, su orden jurídico y sus fronteras. Pero está sometido, junto con su población a la soberanía del ocupante y, en consecuencia, ya no puede ser considerado como soberano. Si la soberanía significa la facultad de decisión definitiva sobre la población, el Estado ocupado pierde este derecho en favor del ocupante. Los pocos autores que se ocupan de esta materia, juzgan también que el Estado ocupado existe hasta el momento de su anexión como un organismo estatal con su propia administración local con capacidad jurídica y patrimonio. En resumen: como una corporación pública formada por súbditos, su orden jurídico y sus fronteras. Pero está sometido, junto con su población a la soberanía del ocupante y, en consecuencia, ya no puede ser considerado como soberano. Si la soberanía significa la facultad de decisión definitiva sobre la población, el Estado ocupado pierde este derecho en favor del ocupante.

Incluso si el Estado totalmente ocupado es privado interinamente de su gobierno administrativo, poco importa si tiene una administración central o si es gobernado directamente por las autoridades de ocupación.

La ocupación de guerra (como también la ocupación pacífica) es un Estado transitorio que puede terminar por: 1) La restauración del Estado de preguerra, en el caso de la victoria del Estado totalmente ocupado o de sus aliados. En la mayoría de los casos se restablece el gobierno exiliado (Bélgica, en 1918 y 1944; Servia, en 1918), a menos que suba al poder otro gobierno como consecuencia del cambio de la opinión pública nacional (Grecia, 1944) o de influencias extranjeras (Yugoslavia, 1944) ; 2) La debelación, es decir, la extinción del Estado ocupado, y 3) La subordinación definitiva del Estado ocupado al ocupante.

La ocupación parcial y la total se opera como consecuencia del avance del ejército de un Estado beligerante a costa del otro. La ocupación bélica es el único tipo que contempla el convenio de 1907 sobre la guerra terrestre. Sin embargo hay también otras clases de ocupación que puede producirse durante el estado de guerra.⁴⁰ Dos tipos se imponen por vía convencional: por el armisticio o el tratado de paz; el tercero es consecuencia de la capitulación incondicional y, por lo tanto, carece de base convencional.

Según hemos mencionado oportunamente, la Segunda Guerra Mundial se terminó con los tratados de paz que los vencedores firmaron en París en 1947 tan sólo con los Estados vencidos secundarios, mientras Alemania y Japón firmaron la capitulación incondicional. En consecuencia fueron ocupadas: Alemania por las 4 potencias vencedoras y Japón por los EE.UU.

En los dos casos, la ocupación carecía de todo propósito militar. La guerra quedaba terminada, no hubo frente y, por ende preocupación por la seguridad en la zona de retaguardia. La única finalidad era de orden político: exterminar el nacional-socialismo y el agresivo militarismo japonés.⁴¹ Por consiguiente las competencias de las autoridades

⁴⁰ Abordamos en los contextos adecuados dos clases de ocupaciones no bélicas: la primaria en N° 51 y la administrativa, N° 50.

⁴¹ Este propósito parece logrado. Está fundamentalmente transformada la mentalidad alemana y sobre todo la japonesa. Las masas populares japonesas ya no necesitan conquistas territoriales para la colonización porque encuentran ocupación en un formidable desarrollo tecnológico. Tienen *know how* que les permite competir en los mercados internacionales a muy bajo precio.

de ocupación eran muy extensas; especialmente en Alemania, que carecía de todo gobierno.⁴² Sin embargo, las 4 potencias vencedoras invocaban a veces el Convenio de La Haya de 1907, especialmente los artículos 52 y 55.

127. Guerra aérea

Recién durante la Primera Guerra Mundial le tocó a la aeronáutica desempeñar un papel cada vez más importante en los bombardeos. Por lo tanto, no es de extrañar que antes de 1914, no se hubiera reglamentado la guerra aérea. Fue solamente prohibido durante cinco años el lanzamiento de proyectiles desde globos (declaración de La Haya de 1899) y el bombardeo de las ciudades abiertas, cualquiera que sea el medio que se emplee (artículo 25 del Reglamento de la Haya de 1907).

Por primera vez se utilizó la fuerza aérea durante la guerra ítalo-turca⁴³ y después de la guerra balcánica en 1912-1913, pero recién en la guerra de 1914-1918 la utilización de la aeronáutica tuvo ciertas proporciones. En vísperas de la Segunda Guerra Mundial el d.i no contenía ninguna disposición relativa a la guerra aérea. En la época de la gran codificación del derecho de la guerra en 1907, resultaba difícil prever el futuro papel bélico de la aeronáutica. La Conferencia de Washington para la limitación de los armamentos navales en 1922 encargó a una comisión de juristas la elaboración de un reglamento de la guerra aérea, pero no fue aceptada la propuesta del respectivo convenio.

La Segunda Guerra Mundial se desarrolló en el aire en condiciones abiertamente contrarias a los principios que habían inspirado el mencionado proyecto de 1923. Las violaciones iniciales provinieron de Alemania; pero desde el punto de vista jurídico, las réplicas inglesa y norteamericana también merecen censura: los bombardeos en masa, el empleo de proyectiles de gran potencia destructiva, la adopción de

⁴² Las autoridades de ocupación también representaban a Alemania en las relaciones exteriores. Por ejemplo el Alto Mando francés firmó dos tratados con Suiza, en 1945 y 1947 (porque la parte de Alemania que linda con Suiza se hallaba bajo la ocupación francesa); y los cuatro Altos Mandos concluyeron el Convenio Europeo de Cooperación Económica, en 1949 (véase Guggenheim, 19534, V. 2, p. 474, nota 2).

⁴³ El 1-11-1911 los aviadores italianos lanzaron granadas contra el de Ain Zara.

métodos especiales de ataque, etc., transformaron radicalmente los supuestos técnicos del problema.⁴⁴

No se observó la prohibición del bombardeo de las ciudades abiertas, de los ataques sin previo aviso, los destinados a aterrorizar a la población civil y los bombardeos aéreos con miras a forzar a un Estado beligerante a la capitulación.

a) La guerra aérea: Se rige por el derecho consuetudinario. Los Convenios de La Haya de 1907, y los de Ginebra de 1925, 1929 y 1949, y los Protocolos I y II de 1977. No se trata de un derecho específico, sino de normas aplicables a las operaciones aéreas. Existen algunos problemas en su aplicación, ya que por ejemplo no es posible subordinar un bombardeo aéreo a un preaviso que le quita el elemento sorpresa sustancial en la eficacia de este recurso, ni es fácil hacer la distinción entre ciudades abiertas o defendidas, ya que una ciudad abierta puede contener instalaciones militares, o bien fábricas, centros de comunicación o de transportes, que suelen ser considerados objetivos militares, haciéndola susceptible de ser bombardeada.

b) La guerra de las galaxias: Anunciada por el Presidente norteamericano Ronald Reagan, denominada oficialmente como Iniciativa de Defensa Estratégica (IDE) utiliza la nueva tecnología de rayos láser, en combinación con cohetes con interceptores autoguiados no nucleares adaptada para destruir misiles nucleares, con bases en la tierra o en el espacio ulterior. Se trata de una actitud defensiva ante el fracaso de la política de control de armamentos que se intentó llevar a cabo.

⁴⁴ Durante la Primera Guerra Mundial, cerca de 5.000 no combatientes fueron muertos por bombardeos aéreos; durante la Segunda, entre 350.000 y 500.000 en Alemania; 375.000 en Japón; 60.000 en Gran Bretaña; 59.000 en Francia; 30.000 en Bélgica y 22.000 en los Países Bajos.

SECCIÓN XXIX

NEUTRALIDAD

128. Generalidades: A. *Fuentes*; B. *Principios*; C. *Evolución*; D. *Consideraciones actuales sobre la neutralidad*.

Se trata de una institución que se ha ido desdibujando en cuanto a sus contornos fácticos y jurídicos a partir de la Segunda Guerra Mundial, por la frecuente violación a los derechos de los Estados adherentes a la neutralidad.

Otro aspecto negativo con repercusión jurídica es la imposibilidad creada a los Estados neutrales para ingresar a la ONU, o a organizaciones regionales, lo que ha llevado a algunos de ellos a abandonar el status neutral como ocurrió con Austria.

En la práctica de los Estados ante conflictos bélicos se ha evolucionado del "estado de neutralidad" al de "no beligerancia".

128. Generalidades

Dentro del tradicional esquema dicotómico, dos Estados pueden encontrarse, uno respecto del otro, en estado de paz o de guerra. No interrumpe este esquema la neutralidad. Un Estado neutral se halla en estado de paz con todo el mundo y con todos los Estados beligerantes, pero sus relaciones se adaptan a la existencia de una guerra entre los otros.¹

En su mayoría los principios del derecho de neutralidad se ajustan a este concepto; el deber de abstención, de impedimento, de imparcialidad. El único que choca con el principio de la libertad del alta mar, propio del derecho de la paz, es el deber de tolerancia.

La neutralidad como condición jurídica, no debe confundirse con neutralidad en el sentido político y especialmente con el neutralismo.

¹ Verdross, 1963, p. 400.

Este puede definirse como la política tendiente a no influenciar el resultado de los conflictos entre otros Estados, y no dejarse envolver en los conflictos, especialmente en los surgidos del enfrentamiento entre el Oeste y el Este después de la Segunda Guerra Mundial.²

A Fuentes

El derecho de la neutralidad tiene dos fuentes: la costumbre y el convenio. Se desarrollaron primero, paulatinamente, las normas consuetudinarias de la neutralidad marítima³ y después de la terrestre.⁴ Luego fue codificado sucesivamente por la Declaración de Derecho Marítimo de París de 1856 (supresión del corso, normas relativas al bloqueo y el contrabando); por el 5º convenio sobre derechos y deberes de los Estados e individuos neutrales en la guerra terrestre y por el 13º convenio sobre deberes y derechos de los neutrales en la guerra marítima, los dos firmados en La Haya en 1907;⁵ por la convención interamericana sobre la neutralidad marítima, firmada en La Habana en 1928, y por los cuatro convenios sobre protección de las víctimas de la guerra, firmados en Ginebra en 1949 (referencias al control de los neutrales en cuanto a la aplicación de los convenios).

Además el derecho de neutralidad recibió una sustancial aportación jurisprudencial en el arbitraje del caso Alabama, en 1872, y de numerosas sentencias sobre las presas.

En general, el d.i. se desarrolla primero como consuetudinario y recién después se codifica. No sigue este esquema el derecho de la neutralidad. El derecho convencional está modificado por el derecho consuetudinario.

B. Principios

Según la teoría clásica, la neutralidad es resultado de un acto discrecional de exclusiva competencia del Estado interesado, que al

² Skubiszewski, en Sörensen, 1968, p. 843.

³ Ya desde la Edad Media.

⁴ Hasta el Congreso de Viena en 1815, existían en Europa numerosos enclaves cuya existencia implicaba el derecho de paso para las tropas a través del territorio que se hallaba entre ellas, aunque fuera neutral.

⁵ En 1909 fue emitida la Declaración del Derecho Marítimo de Londres.

optar por la neutralidad, se somete a un conjunto de derechos y obligaciones precisas.

Los deberes de los Estados neutrales abarcan la abstención y la imparcialidad. El deber de abstención, prohíbe al Estado neutral prestar ayuda a cualquiera de los beligerantes, sea directamente por sus órganos o indirectamente a través de los particulares, con la tolerancia de los órganos.⁶ El Estado neutral debe observar una estricta igualdad del trato con respecto a todos los beligerantes.⁷

Los Estados neutrales tenían en términos generales, el derecho de exigir de los beligerantes la inviolabilidad de su territorio. En cuanto a la libertad de las relaciones comerciales con otros Estados neutrales y con los beligerantes de ambos bandos (en la guerra marítima) está limitada por el deber de tolerancia, lo que ha causado graves conflictos.

C. Evolución

En 1919, el pacto de la SDN parecía suprimir la neutralidad. Existía cierta antinomia entre el principio de abstención y el deber de todos los miembros de la SDN, de actuar de común acuerdo para hacer respetar las normas del pacto (arts. 10 y 11). También era dudosa la compatibilidad entre el concepto de imparcialidad y el trato diferencial que imponía el artículo 16. Obligaba a los Estados miembros a actuar en contra del agresor y a ayudar a la víctima.

Sin embargo, los redactores del Pacto no se atrevieron a abandonar expresamente la institución de la neutralidad, para no menoscabar el principio de soberanía de los Estados.⁸

A partir de 1935-1936, puede observarse cierto auge de la neutralidad como consecuencia de una serie de factores. Fracasó la política de sanciones contra Italia y con ella el propio concepto del pacto de la SDN.

⁶ Aportó esta precisión EE.UU. en la Declaración de 1793, completándola por el Neutrality Act de 1794 llegó a plena expresión en el arbitraje de Alabama, en 1872.

⁷ Sobre la admisibilidad de una neutralidad benévola, calificada, la no beligerancia, véase Guggenheim, 1953-4, v. 2, ps. 496-9; Hall, 1909, ps. 591 y sigs.; Cavaglieri, 1919, ps. 58 y sig. y 328 y sig.; Wright, 1942, ps. 8 y sig.; Kunz, 1941, ps. 719, 747; Borchard, 1941, p. 718; y Verdross, 1963, p. 386.

⁸ Véase Guggenheim, 1953-4, V. 2. ps. 557-9. Suiza prefirió conservar su neutralidad; por lo tanto el Consejo de la SDN reconoció su situación particular que Guggenheim denomina la Neutralidad Diferencial.

Por su parte Alemania denunció los tratados de Locarno e inició su rearme. Esta tendencia se manifestó ante todo en la propia SDN.

El intento no neutralista de la SDN recibió un golpe de gracia con la legislación norteamericana de neutralidad contenida en las tres *Neutrality Acts*,⁹ que marcan la vuelta al derecho clásico de la neutralidad. Con la *Neutrality Act* del 4-11-1939, EE.UU. levantó la prohibición de las exportaciones de armas y autorizó los envíos a los beligerantes a condición de que éstos paguen y transporten la mercancía. Esta disposición, imparcial a primera vista, de hecho favorecía a los aliados que eran los únicos que podían beneficiarse con las compras porque dominaban el Atlántico. Siguiendo el rumbo del pacto de la SDN, la carta de la ONU se aparta aún más del concepto tradicional de la neutralidad. Toda amenaza contra la paz conduce a una acción común de los Estados miembros, de acuerdo a las modalidades fijadas por el Consejo de Seguridad.¹⁰ Según Isidoro Fabela, internacionalista mejicano, la SDN no podía suprimir totalmente la neutralidad, porque carecía de universalidad. Puede lograrlo en cambio la ONU, reemplazando la neutralidad por la seguridad colectiva.

D. Consideraciones actuales sobre la neutralidad

Ya nos hemos referido al concepto de guerra total empleado durante la guerra fría. En los tiempos contemporáneos, con el nuevo orden mundial establecido a partir de la caída del Muro de Berlín y la influencia de la globalización en las relaciones internacionales, han hecho que ante las circunstancias y las presiones políticas externas e internas un país no pueda mantenerse absolutamente neutral ante un conflicto armado, en el que pueda participar algún Estado socio o cliente, a quien brinde una apoyatura aunque sea indirecta. En este caso pierde la imparcialidad, y al decir de Hortencia Gutiérrez Posse “su situación jurídica evoluciona de la neutralidad a la no beligerancia”.¹¹

En el sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de la

⁹ De 21-3-1935, 29-2-1936 y 1-5-1937.

¹⁰ Según Guggenheim (1953-4, v. 2, ps. 559-560), la centralización en manos del Consejo de Seguridad de las medidas de ejecución forzosa, impide a un Estado miembro observar una neutralidad integral.

¹¹ Hortencia D.T. Gutiérrez Posse, “Moderno Derecho Internacional y “Seguridad Colectiva”, Zavallá, Bs.As. 1995, p. 344.

ONU, se establece, en calidad de principio de la organización, que sus miembros le prestarán toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza, lo que implica que deben abstenerse de ayudar a todo Estado contra el cual la organización estuviere ejerciendo acciones preventivas o coercitivas (uso de la fuerza). Pero, aún en este último caso las acciones del CS no deben ser ejercidas activamente por todos los miembros, lo que sí está claro es que tienen la obligación de abstenerse, por lo que se les crea una situación semejante a la neutralidad, aunque no medie una declaración expresa.¹²

¹² Gutiérrez Posse, Hortensia D.T. *op. cit.*, págs. 344/5. Para la autora la norma del art. 2.5 de la Carta de la ONU no constituye una derogación tácita en el *ius in bello* del Estatuto de la Neutralidad. Por otra parte, la integridad territorial y la independencia política de estos Estados que no participan de las operaciones de la Organización se ven jurídicamente amparados por las facultades conferidas a la misma Organización y no por un Estatuto de neutralidad, propio del subsistema de coordinación”.

SECCIÓN XXX

LUCHAS CIVILES

129. Teoría de Podestá Costa. 130. Rebelión. 131. Guerra civil. 132. Insurrección. 133. Situaciones planteadas por la guerra revolucionaria: A. *Internalización de una Guerra Civil*; B. *Intervención de Naciones Unidas en situaciones de Guerra Civil*; C. *Las luchas civiles en Centroamérica*.

El siglo XX ha sido el siglo de la internacionalización de las guerras civiles. Durante el sistema bipolar, si la guerra tenía una causa ideológica, la consecuencia inmediata era la internacionalización de la misma. Desde la desaparición de ese sistema algunas guerras civiles están relacionadas con confrontaciones étnicas, religiosas o de grupos nacionales y son graves las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, motivo por el cual la comunidad internacional organizada se ve obligada a intervenir.

En América Latina donde las luchas civiles tuvieron un indiscutido signo ideológico en las décadas de los sesenta y setenta, parece llegada la hora de la pacificación, particularmente en la convulsionada Centroamérica, como sucedió en Guatemala, El Salvador, Honduras y Haití.

129. Teoría de Podestá Costa

El intento de derribar por la fuerza a un gobierno puede tener un triple desenlace: puede ser reprimido, puede lograr su objetivo o puede desembocar en una lucha civil. La primera alternativa carece de toda repercusión en el d.i., en la segunda se plantea el problema del reconocimiento de un gobierno que llegó al poder por vía no constitucional y, en el tercero, el de la lucha civil. Hemos agotado la segunda disyuntiva en la sección XI,¹ y ahora pasamos a la tercera.

¹ Véase también Halajczuk 1950, parte 1^o (Ocupación total), ps. 13-37 y 4. (Gobiernos exiliados), ps. 79-140.

Existe en la doctrina la tendencia de reducir esos dos problemas a un denominador común. En su libro sobre el reconocimiento internacional opina Joseph Kunz que el reconocimiento de un gobierno de hecho de carácter local se otorga normalmente bajo la forma del reconocimiento de beligerancia, pero un estudio más detenido del tema no nos permite compartir este parecer. Según veremos más adelante, el objeto del reconocimiento es distinto en los dos casos. Por un lado el reconocimiento como sujeto de d.i., efímero (hasta la terminación de las hostilidades) y parcial, o sea limitado sustancialmente al derecho de la guerra solamente y, por otro, el reconocimiento de un órgano del Estado, o sea del órgano de un sujeto de derecho internacional.²

No abordaremos el problema del reconocimiento del gobierno que no se plantea como consecuencia de un golpe de Estado, sino de una guerra internacional (gobiernos exiliados) o de una guerra civil internacional (dos gobiernos de un Estado fraccionado), que es objeto de nuestras investigaciones.

Existe una vinculación entre estos dos capítulos, pero el presente abarca dos instituciones distintas: el reconocimiento de la beligerancia y el del gobierno, mientras el otro se limita a este segundo problema.

El internacionalista argentino Luis A. Podestá Costa realizó un meritorio estudio de las luchas civiles. A ellas dedicó su tesis doctoral. Las luchas civiles y el d.i., resumiendo y sistematizando los resultados de esta amplia investigación en el libro que publicó en 1926 bajo el título *Ensayo sobre las luchas civiles y el d.i.*; esta obra está incluida en su tratado de d.i.³

² Tan sólo señalamos —sin analizarlo— este fenómeno en otro artículo: *Les gouvernements reconnus de facto*, 1963, ps. 523-525, nota y 553.

³ Además de esta exposición de una doctrina general, dedicó una serie de artículos y libros a dos temas afines más estrechos: los gobiernos de hecho (producto normal de las luchas civiles), y la responsabilidad del Estado por los compromisos de esta clase de gobiernos por los daños causados a los extranjeros. Dejemos de lado este último tema que condujo a la formación de doctrinas originales y bien fundadas nos limitaremos a una breve exposición de su teoría de las luchas civiles.

De acuerdo a los principios de la metodología de la investigación científica, Podestá Costa comienza su obra criticando las posiciones doctrinales preexistentes que resumiremos en forma esquemática:

1. Utilización de una nomenclatura inadecuada. Las luchas, civiles figuraban bajo el término de "guerras civiles", lo que daba lugar a una doble confusión: a) la limitación del tema a los enfrentamientos armados importantes, con la exclusión de conmociones internas de proporciones reducidas, y b) soluciones inaceptables, por

La lucha civil, concepto genérico que abarca toda clase de conmociones internas, se divide en especies o, mejor dicho, fases:

1. Sublevación (“insurrección”, según la nomenclatura de Podestá Costa), es un fenómeno exclusivamente interno. a) el gobierno constituido trata a los insurrectos de acuerdo a su derecho interno; b) los terceros Estados deben observar la prescindencia, vale decir: la insurrección no altera los deberes, respecto del gobierno constituido que impone el derecho general de la paz, y ninguna obligación respecto a los insurrectos, que deben ser tratados *par non est*.

2. La guerra civil comienza desde el reconocimiento de la beligerancia y puede presentarse en dos versiones: a) guerra civil nacional, en caso de reconocimiento por el gobierno constituido que desde entonces, debe tratar a los insurrectos de acuerdo al derecho de la guerra, y b) guerra civil internacional, desde el reconocimiento por un tercer Estado que desde entonces, debe tratar al gobierno constituido y a los rebeldes según el derecho de neutralidad.

Mientras la guerra internacional crea situaciones jurídicas objetivas, reemplazando automáticamente el derecho a la paz por el de la guerra o el de neutralidad, la lucha civil está caracterizada por situaciones relativas, propias de la institución del reconocimiento inter-

analogías, superficiales con conceptos y normas propias de la guerra internacional.

2. Fragmentación de un fenómeno interno y su tratamiento marginal dentro del marco de las distintas instituciones de d.i.: libertad de los mares, guerra, neutralidad.

3. Por consiguiente, la asimilación a las situaciones y problemas de distinta naturaleza que conducía a soluciones absurdas, en un primer lugar: a) La analogía entre un fenómeno de orden interno con ciertas proyecciones exteriores y un fenómeno internacional puro y simple; b) La analogía entre dos tipos de contienda no obstante la diferencia esencial de las partes en lucha. Por un lado la guerra internacional con la plena simetría entre dos Estados beligerantes. Por otro lado la lucha civil entre dos partes completamente dispares: a) El Gobierno constituido titular de una serie de derechos otorgados por el orden internacional y el grupo rebelde carente de cualquier clase de derechos respecto a los terceros Estados; b) la consideración de ciertas características esenciales de la lucha civil a saber: su carácter evolutivo es decir la posibilidad de adquisición de la personalidad internacional, mediante el reconocimiento de la beligerancia; la limitación material de esta personalidad al derecho internacional de la guerra, y la limitación temporal, a la duración de la lucha civil: en caso de derrota, el grupo levantado la pierde, y en caso de victoria, reemplaza al gobierno constituido órgano normal de un sujeto de d.i. o —en el caso de una lucha separatista— se convierte en un nuevo Estado, sujeto normal de d.i. Sea cual fuera la hipótesis, el grupo levantado desaparecerá.

nacional. La misma lucha civil puede ser una guerra civil nacional para los Estados que otorgaron el reconocimiento, y un levantamiento para los demás Estados. Esta situación equívoca, que unos consideran como paz y otros como guerra, fue calificada por Georg Schwarzenberger como "Estado intermedio entre la paz y la guerra". Este concepto fue incorporado por Podestá Costa a la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados en caso de Luchas Civiles.

130. Rebelión

Si estalla en un país la sublevación armada, ¿qué actitud tienen que tomar los demás Estados ante este hecho? En la doctrina se enfrentan dos opiniones: una, minoritaria, es la presentada por Strissower, Verdross y otros; otra, mayoritaria, acorde al derecho positivo.

1. Cuando abordábamos los sujetos de d.i. mencionábamos la correlación existente entre tres elementos del Estado, de los cuales el elemento esencial es el pueblo;⁴ de tal modo que el Estado es tan sólo la forma de la organización del pueblo. De allí concluyen los autores citados que si el pueblo está dividido en dos bandos en lucha, no hay razón para que los terceros Estados apoyen o favorezcan a una parte, o sea al gobierno constituido. Por lo tanto, la actitud de los terceros Estados tendría que ser equidistante respecto de ambos bandos.

2. Pero esta es una opinión aislada, de unos pocos internacionalistas. Según la opinión dominante, los terceros Estados tienen obligación únicamente ante el gobierno constituido, pero no ante los sublevados. También el derecho positivo adopta esta posición ante dicho problema.⁵ Vale decir que impone a los terceros Estados la obligación de la plena lealtad frente al gobierno constituido.

En esta materia puede observarse una honda evolución en la actitud ante la lucha separatista en Asia y en Africa.

El 14 de diciembre de 1960, la Asamblea General de la ONU votó la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y

⁴ El sujeto del d.i. no es el gobierno reconocido de un Estado, sino el pueblo organizado en Estado según el criterio de Verdross (1963, p. 149).

⁵ O sea la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados en caso de luchas civiles, firmada por los Estados del hemisferio en 1928. Véase García.

pueblos coloniales que completó con otras declaraciones, especialmente las del 14 de diciembre de 1967 y del 20 de diciembre de 1968. La doctrina soviética elevó las declaraciones de la Asamblea General a la Jerarquía de fuentes de d.i. y utiliza las declaraciones que acabamos de mencionar para apuntalar jurídicamente la doctrina de la llamada soberanía de los pueblos. Cada pueblo colonial tiene derecho a la autodeterminación. Si la potencia colonial reprime por la fuerza el movimiento emancipador, su conducta es incompatible con los propósitos de la ONU, en el sentido del art. 2, inc. 4 de la carta; el colonialismo constituye una amenaza para la paz y el derecho internacional. Por lo tanto, la lucha contra él corresponde a los fines de la ONU. La supresión armada de un movimiento emancipador colonial es de acuerdo a la doctrina soviética, una agresión por parte de la potencia colonial. Si una tercera potencia ayuda al mencionado movimiento, hace uso del derecho a la legítima asistencia a un agredido sujeto de d.i.⁶ Así puede explicarse jurídicamente la conocida promesa de la ayuda soviética a los movimientos latinoamericanos de liberación nacional (que luchan contra el llamado criptocolonialismo), que hizo Reshidov en el Primer Congreso de Solidaridad, en La Habana. Como es sabido ante las enérgicas protestas de los gobiernos latinoamericanos (especialmente Perú y Uruguay), la URSS declaró que Reshidov no habló en su calidad de miembro del gobierno (vice primer ministro de la URSS), sino de representante de las llamadas organizaciones cívicas soviéticas. Esta posición soviética fue favorablemente acogida por numerosos gobiernos de Asia y Africa.

La posición tradicional de los terceros gobiernos favorable al gobierno constituido del país convulsionado por una lucha civil, la define Podestá Costa acertadamente con el término "prescindencia".

Durante la sublevación, los terceros Estados tienen la obligación de la prescindencia, deben actuar como si ese hecho interno no existiera. Si este hecho tiene repercusiones más allá de la frontera, deben guardar lealtad únicamente al gobierno constituido.

131. Guerra civil

Desde el reconocimiento de la beligerancia, el gobierno constituido debe tratar a los rebeldes capturados como prisioneros de guerra de

⁶ Uschakow, en Maurasch, 1957, ps. 194-197, 201 y sig. ; 215 y sig.

acuerdo a las respectivas normas de d.i., mientras que hasta aquel momento tiene el derecho de sancionarlos como delincuentes políticos, de acuerdo al código penal. Prácticamente, por lo general prefiere no hacer uso de esta facultad y especialmente evita la pena capital para no provocar represalias análogas por parte de los sublevados. Es precisamente el círculo de represalias y contrarrepresalias que hace la guerra civil a veces muy cruel (por ejemplo la rusa o la española).

* El convenio sobre trato a las víctimas de la guerra firmado en Ginebra en 1949 contiene también disposiciones relativas a las luchas civiles. De acuerdo al artículo 3º en caso de un conflicto armado que carece de carácter internacional, en el territorio de uno de los Estados firmantes, cada parte en el conflicto debe aplicar por lo menos, las siguientes normas: tratar con humanidad a las personas que no participaron en las hostilidades o que depusieron armas: no pueden ser matados, torturados, humillados o fusilados sin una sentencia, con todas las garantías procesales; no pueden tomarse rehenes; los enfermos y heridos deben ser atendidos. La aplicación de estas normas no afecta el status jurídico de las partes ni implica el reconocimiento.

- Si la sublevación se prolonga, puede transformarse en una guerra. La guerra civil existe, según Podestá Costa, desde el momento que se reconoce a los sublevados como beligerantes; desde ese momento son sujetos de d.i., y las hostilidades son regidas por el d.i. de la guerra. Aquí existen dos tipos posibles de reconocimiento: la beligerancia puede ser reconocida por el gobierno constituido o bien por los terceros Estados. La primera situación la denomina Podestá Costa guerra civil nacional; la segunda guerra civil internacional.

Algunos tratadistas observan que la primera hipótesis es totalmente ficticia pues, dicen, ¿por qué un gobierno tendría que dar la ventaja a sus adversarios reconociéndolos? Y sin embargo no puede evitarlo a veces, si los sublevados cometen atropellos contra terceros Estados.⁷

Por estas u otras razones ocurre que el gobierno constituido, a veces no está en condiciones de no reconocer a sus adversarios como beligerantes. Por supuesto, como tal reconocimiento va en perjuicio suyo, es libre de otorgarlo sin ninguna condición restrictiva.

⁷ Por ejemplo, durante la revolución mexicana, los llamados insurrectos del norte bajo las órdenes de Pancho Villa, invadían la zona fronteriza estadounidense para abastecerse. Para liberarse de la responsabilidad internacional por esta clase de actividad de los sublevados, el gobierno constitucional debe reconocerlos como beligerantes.

Es distinto el caso de reconocimiento por terceros Estados; porque un reconocimiento prematuro, no fundado, constituiría una intervención en asuntos internos en condiciones especialmente graves y, por ende, un grave delito internacional. Por lo tanto, para que un tercer Estado pueda reconocer a los sublevados como beligerantes, éstos tienen que responder a ciertas condiciones objetivas y, por otro lado, el Estado que reconoce tiene que responder a ciertas condiciones subjetivas. Los sublevados tendrían que, a) perseguir objetivos políticos; b) tener dirección política; c) disponer de fuerzas armadas disciplinadas; d) controlar un territorio; e) observar el d.i. de guerra.

Pero esto no significa que si ese grupo sublevado responde a esas condiciones cualquier Estado tercero tenga el derecho a reconocerlo. Se necesita cierta relación entre ese Estado tercero y los sublevados. El Estado que reconoce tiene que encontrarse en una situación tal que no pueda evitar el reconocimiento.⁸

Según mencionamos más adelante, el término "guerra civil internacional" se usa actualmente con sentido distinto, en base del contenido, no del modo del reconocimiento. Ahora cabe agregar que la distinción de Podestá Costa parece, por lo menos a primera vista sugerir una contraposición, de modo que una guerra civil podría ser ya nacional, ya internacional. Los terceros Estados prefieren evitar un reconocimiento prematuro de la beligerancia; además, inclusive si no pueden evitarlo, pueden considerarlo como un apoyo moral para los rebeldes. Por lo tanto, si tal apoyo no corresponde a sus intenciones, prefieren otorgar el reconocimiento después del gobierno constituido. Tal fue por ejemplo, el caso de la guerra civil norteamericana. La

⁸ Prácticamente la situación que se presenta habitualmente es la siguiente: los sublevados proclaman el bloqueo de los puertos controlados por el gobierno constituido. En tal caso los terceros Estados enfrentan una disyuntiva: si no reconocen el bloqueo tendrían que enviar sus propias escuadras para que protejan a sus barcos mercantes; pero en este caso ya prácticamente intervendrían en la guerra contra los sublevados, favoreciendo al gobierno constituido. Si no repelen el bloqueo por la fuerza aceptan la competencia de los sublevados a hacer el bloqueo y de tal modo, implícitamente les reconocen la beligerancia.

Es importante para los sublevados tener la dominación de la costa marítima y de la armada. Por eso es que si los sublevados dominan el mar, aun siendo una sublevación en tierra de relativamente poca importancia, consiguen el reconocimiento como beligerantes y por el contrario, una sublevación muy alejada de la costa, no es reconocida a veces. Por ejemplo, las sublevaciones polacas de 1831 y 1861, o la húngara de 1848, a pesar de las amplias proporciones que tomaron, especialmente la última.

beligerancia de los Estados confederados fue reconocida, primero por el gobierno constituido, y después por algunos Estados europeos, proclamando la neutralidad.

Hasta la fecha, la beligerancia ha sido reconocida únicamente en las guerras civiles que tenían un propósito secesionista. De Lapradelle limita su aplicabilidad a esta clase de guerras, con exclusión de las guerras civiles en sentido estrecho, tendientes al cambio del régimen en el Estado entero.⁹ Otros internacionalistas no se pronuncian al respecto y algunos como Verdross, Gemma y Charpentier, incluso niegan expresamente la razón de la distinción entre estas dos clases de guerra.¹⁰

Sin embargo esta diferencia es muy esencial, según puede observarse, en virtud de la experiencia de la época de la guerra civil rusa,¹¹ en cuyo transcurso aparecieron en el teatro bélico, por un lado, una serie de flamantes Estados que se separaron de Rusia: Finlandia, Ucrania, los Estados bálticos y los transcaucasicos y, por otro, las fuerzas armadas antibolcheviques rusas que luchaban contra el gobierno soviético, por la restauración de la monarquía absoluta (como el general Denikin), o de la democracia (como el almirante Kolchak). Fracasó el intento de la diplomacia aliada de reunir en la misma conferencia (en las Islas de los Príncipes) a estas dos clases de combatientes que luchaban contra los bolcheviques, pero por objetivos distintos e incluso incompatibles. Unos, por la imposición de un determinado régimen, pero manteniendo la integridad territorial del antiguo imperio ruso y, otros, por la emancipación de él. También para los terceros Estados, el reconocimiento de Estonia o de Ucrania podía considerarse como hostil respecto de Rusia, pero no así el reconocimiento de un gobierno antibolchevique ruso. Por eso el Consejo Supremo Interaliado reconoció fácilmente el gobierno del almirante Kolchak pero postergó indefinidamente el reconocimiento de los Estados bálticos perfectamente efectivos y consolidados.

Únicamente asumiendo una postura nítidamente formalista, pue-

⁹ El estudio de los movimientos secesionistas llevó a este autor a idear el reconocimiento como Nación.

¹⁰ Verdross, 1963, p. 148 ("Es irrelevante que los rebeldes se propongan separar del Estado una parte del territorio o, por el contrario, conquistar el Estado en su totalidad"), Gemma, 1924, Charpentier, 1956, p. 168. Véase también Scelle, 1933, ps. 388-489, 1948, ps. 130-131.

¹¹ Halajczuk la analizó detenidamente en 1963, t. 12/4, ps. 542-544.

de asimilarse las dos clases de gobiernos cuyos propósitos son esencialmente distintos. El factor teleológico es demasiado trascendente para el derecho como para poder pasarlo por alto.¹²

132. Insurrección

En algunas oportunidades se produjeron en América latina luchas civiles, que no tomaron proporciones suficientes como para dar lugar al reconocimiento de la beligerancia. Los sublevados no lograron la dominación de una parte compacta del territorio nacional, incluso se limitaban al control de la armada, eventualmente con algunas bases. Sin embargo, el gobierno de EE.UU. estaba interesado en prohibir a sus ciudadanos la participación en expediciones o injerencias de otra índole, para poder imponerles una conducta conforme a las normas de la neutralidad, no podía tratar la contienda doméstica *par non est*.¹³

¹² El reconocimiento de la beligerancia apareció por primera vez durante la revolución hispanoamericana: EE.UU. reconoció a los revolucionarios como beligerantes en 1817 y Gran Bretaña en 1819, pasando de la prescindencia a la neutralidad. España y la Santa Alianza calificaron el reconocimiento de beligerancia de prematura, lo que no era cierto en consideración de las proporciones que ya había cobrado en aquel entonces la revolución. Pero el reconocimiento por Gran Bretaña de los sublevados griegos como beligerantes en 1923, se fundó más bien en consideraciones de humanidad. Durante la guerra de secesión, los Estados confederados obtuvieron el reconocimiento de la beligerancia por la mayor parte de las potencias europeas. Es precisamente la experiencia de aquella guerra la que planteó la necesidad de una elaboración detallada del derecho de neutralidad en el mar que como es sabido, se realizó por medio del arbitraje en el caso de "Alabama".

Eran los últimos reconocimientos de la beligerancia. No se practicaron en el transcurso de la guerra civil española, por temor a una conflagración internacional, siendo cada bando respaldado por un bloque de las grandes potencias; especialmente el ejercicio del derecho de presa marítima contra el buque de una potencia antagónica, habría podido provocar consecuencias incalculables. El ejercicio del derecho de la presa marítima quedaba vedado a la armada nacionalista, según comprobó la sentencia británica en el caso de Banco de Bilbao contra Sancha y Rey. Era, prácticamente, hasta cierto grado, una guerra civil internacional (en el sentido que ya hemos aclarado); por lo tanto no podía aplicarse a ella una institución específica de la guerra civil, según algunos internacionalistas (como De Lapradelle y Politis), o solamente de una guerra secesionista.

¹³ La finalidad del reconocimiento de los insurrectos tenía en vista la prohibición a los ciudadanos norteamericanos de las injerencias en la insurrección, en virtud de una ley que estipula: "Cualquier persona que dentro de los límites de los EE.UU., equipa un buque con la intención que él sea empleado en el servicio de algún príncipe

Por otro lado estaba dispuesto a hacer un gesto en favor de los sublevados, para que el gobierno constituido no los fusilara y fueran tratados como prisioneros de guerra.

Por las consideraciones de esta doble índole, EE.UU. ha recurrido al "reconocimiento como insurrectos", que aplicó en el caso de una sublevación en Chile, en 1881; en Venezuela, en 1892; en Brasil, en 1893, y, sobre todo, a la insurrección cubana contra la dominación española de 1895 a 1897.¹⁴ Esta institución ha sido definida en 1886 por Wharton y sistematizada entre 1900 y 1907 por Grafton Wilson. La recogió la mayor parte de los tratadistas, pero no Podestá Costa.

133. Situaciones planteadas por la guerra revolucionaria

A. Internalización de una Guerra Civil

Puede ocurrir —escribió Podestá Costa¹⁵— que la lucha civil se complique por guerras internacionales. Después de citar algunos ejemplos de las situaciones de esta índole, concluye: "Diríase que en estos casos la lucha armada asume el aspecto de *guerra internacional* (bastardilla del citado autor), pero una calificación semejante sería inoficiosa en el léxico jurídico, puesto que del Estado a que se refiere no emergen derechos y deberes específicos para el d.i. Trátase simplemente de dos fenómenos materialmente unidos pero jurídicamente separables: por una parte hay una guerra internacional, por otra parte una lucha civil".

La referida distinción es legítima y factible en los hechos históricos que el autor cita. Por un lado, la vinculación de las coaliciones antirrosistas con las guerras en la región del Río de la Plata posteriores al año 1830; por otro, la participación de las legiones en las guerras

o Estado extranjero, o de alguna colonia, distrito o pueblo, para realizar hostilidades contra los súbditos, ciudadanos o propiedades de cualquier Estado o príncipe extranjero, o de cualquier colonia, distrito o pueblo, con el que los EE.UU. se encuentren en paz... será considerado culpable de grave contravención..." (Sentencia de la Suprema Corte de los EE.UU. de 1897, en el caso de *The Three Friends*).

¹⁴ Especialmente en virtud del fallo del Tribunal del Distrito de Nueva York en 1885, en el caso de *Ambrose Light*.

¹⁵ Podestá Costa, 1926, p. 12, desarrolla este aspecto detenidamente en 1917, ps. 44-47.

internacionales, como la paraguaya en la guerra de la Triple Alianza y la polaca, checoslovaca y yugoslava en la Primera Guerra Mundial.

Sin embargo ocurren situaciones numerosas hoy en día, en que la lucha civil y la contienda internacional se presentan como un sólo fenómeno (no como dos fenómenos materialmente unidos, jurídicamente inseparable. A esta clase de situaciones se refiere Raymond Aron, al señalar “el límite, donde la guerra civil y la internacional se confunden, donde los ejércitos y las guerrillas se reúnen”; y algunos autores, como Stanley Hoffmann o Raymond Aron, califican estas situaciones como guerra civil internacional.¹⁶

Ante el fraccionamiento de cuatro países, (Corea, Vietnam, Camboya y Laos) la cuestión que se plantea es saber si en todos estos casos hay un solo Estado con dos gobiernos, o dos Estados distintos. Este fenómeno fue ampliamente debatido en revistas especializadas.

A pesar de su trascendencia práctica, la señalada disyuntiva no es

¹⁶ Aron, 1957, ps. 204-205. El fenómeno no es nuevo. Ya en diciembre de 1917 y en enero de 1918, Rusia soviética reconoce *de iure* las primeras repúblicas democráticas emancipadas, Ucrania y Finlandia, y pocos días más tarde lanza contra ellas sus tropas regulares, bajo el pretexto de la ayuda a los contragobiernos comunistas prefabricados.

La distinción que Podestá Costa hizo respecto a las hostilidades de la época de Rosas no podían aplicarse a estas dos primeras guerras iniciadas por el primer Estado comunista, ni a las siguientes agresiones llevadas a cabo según el mismo molde, primero por Rusia, luego por China. Tanto menos puede adaptársela a la actual contienda en Vietnam—la cual, dicho de paso, escapa a las categorías clásicas del derecho de paz y guerra, de modo que puede interpretarse tan sólo como *manifestación de un tercer Estado intermedio entre la guerra y la paz*.

Entre las ventajas metodológicas de la obra de Podestá Costa, cabe señalar la restricción temática. Se limitó a las “revoluciones criollas”, a las tradicionales en nuestra región, las luchas civiles: cuyo fin fue el cambio anticonstitucional del poder nacional. Sólo accidentalmente cita ejemplos de las luchas separatistas en Polonia en 1831, en Hungría en 1849 y, sobre todo, de la guerra secesionista estadounidense, que constituyan un fenómeno esencialmente nacional no instigado desde afuera.

Tal limitación fue perfectamente fundada por una doble razón. El autor tenía a su disposición una amplia documentación relativa a esta clase de luchas civiles, las únicas que conoce la historia latinoamericana con anterioridad a la instalación del actual régimen en Cuba. La investigación tenía en vista una finalidad práctica, una obra de *lege ferenda*: el proyecto de “Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados en caso de Luchas Civiles”, de un tipo definido, histórico de las luchas civiles, propio de una parte del mundo en una época determinada.

fácil de contestar categóricamente. Ya hemos señalado la aparición de una situación inédita, propia del actual Estado intermedio entre la paz y la guerra que es la guerra civil internacional. Ella llegó a su más genuina expresión actualmente, en el Extremo Oriente. Tres países vecinos —Vietnam, Laos y Camboya— fueron sumergidos en la guerra civil; no en tres guerras civiles paralelas sino en una sola guerra, de claro tipo civil internacional. Eran las mismas partes bélicas en cada uno de los tres países: por un lado, las fuerzas armadas survietnamitas, por otro, las norvietnamitas junto con las del vietcon. Solamente un papel secundario corresponde a los guerrilleros comunistas laosianos y camboyanos.

Desde la instalación del actual régimen en Cuba apareció en nuestro hemisferio, una nueva forma de hostilización en el deslinde entre la lucha civil y la guerra internacional. Es la agresión subversiva, realizada mediante las técnicas múltiples de la guerra revolucionaria. “Este tipo de guerra no se practica al estilo de guerra abierta a bandera desplegada; no se practica haciendo guerra, sino haciendo revolución, no se practica mandando ejércitos extranjeros, sino organizando ejércitos nacionales”. Así caracterizó Zavala Ortiz, en aquel entonces canciller argentino, en el discurso que pronunció en la Asamblea General de la ONU, el 27 de setiembre de 1965. La agresión subversiva, en la cual la lucha civil aparece como un simple medio de hostilización en la contienda internacional. Esta figura fue incorporada en el derecho positivo regional por la resolución de la 9ª Reunión de Consulta de la OEA.¹⁷

El nuevo tipo de luchas civiles, instrumentadas desde el exterior dentro de una vasta estrategia global, se manifiesta en nuestro continente solamente desde el año 1959.

En las guerras civiles que se han sucedido desde la Segunda Guerra Mundial, se ha aceptado por lo general la intervención de la Cruz Roja, pero sólo en lo que hace a su labor humanitaria resistiéndose, en la mayoría de los casos, a que esa institución cumpla con su finalidad de contralor internacional, del cumplimiento de las normas y usos de la guerra.

Esto pone de manifiesto que los Estados conflictuales procuran evitar la ingerencia internacional en el proceso insurreccional interno,

¹⁷ Cuyos incisos 1º 2º y 5º fueron íntegramente copiados del proyecto argentino.

aun cuando esa ingerencia no revista los caracteres de una intervención agresiva, y sólo se limite a la observación de la aplicación de las normas que rigen las hostilidades.

La comunidad internacional, por su lado, se resiste al reconocimiento de la subjetividad internacional de los grupos guerrilleros por su alto grado de peligrosidad, tanto en cuanto a la utilización de prácticas terroristas por parte de estos grupos, como por la tendencia a expandir el conflicto armado generado en una zona a sus vecinos, propio también de la táctica guerrillera. La objeción fundamental radica por lo tanto en que no se trata de movimientos que basan su acción en el respeto al d.i., tal como lo establece la comunidad internacional, sino que por el contrario la clave de su éxito y accionar radica específicamente en la violación del d.i.

B. Intervención de Naciones Unidas en situaciones de Guerra Civil

Mozambique: Este país se sumió en una devastadora guerra civil a sólo 4 años de su independencia (1975). El movimiento insurrecto Resistencia Nacional de Mozambique (RENAMO), recién se avino a la firma de un acuerdo para el cese del fuego en 1992, en cumplimiento del cual las Naciones Unidas establecieron un sistema de vigilancia.¹⁸ Una vez cumplida exitosamente su tarea, la Operación de las Naciones Unidas en Mozambique (ONUM) se retiró en 1995.

Afganistán: Luego de que los afganos obligaran a los soviéticos a retirarse de su territorio, se desató una guerra civil que puso nuevamente en peligro la paz y seguridad internacional. En diciembre de 1993 se envió a Afganistán una Misión Especial para facilitar la reconciliación nacional.

¹⁸ En 1994 se habían desmovilizados mas de 76.000 soldados del Gobierno y la RENAMO, recuperándose 155.000 armas de las tropas de ambas partes y de fuerzas paramilitares. Las primeras elecciones multipartidarias del país se celebraron en octubre de 1994. El Representante Especial del SG supervisó elecciones libres y justas y el CS pidió a toda las partes que continuasen el proceso de reconciliación nacional.

C. Las luchas civiles en Centroamérica

Desde mediado de la década de 1970 el istmo centroamericano se vio sacudido por las guerras civiles. Tres países fueron los más afectados: Nicaragua, El Salvador y Guatemala, Honduras se encuentra totalmente sojuzgada a Estados Unidos y Costa Rica es el único país que se mantiene en la democracia, carente de ejército por decisión unilateral desde 1948, tras proclamar su neutralidad permanente. En 1979 cae el gobierno de Somoza en Nicaragua y se instala el sandinismo que se proclama marxista. Como dice Alan Rouquié "la aparición de un Estado marxista aunque sui generis en Nicaragua, constituyó un hecho nuevo y decisivo, lo mismo que la ideología leninista de las fuerzas guerrilleras en Guatemala y El Salvador. Nicaragua recibió una importante ayuda militar de los países del Este y contó con asesores cubanos".¹⁹

Con relación al origen o causas de la revolución existen dos interpretaciones: la de EE.UU. que consideran que América Central es víctima de una agresión soviético cubana y enrola la cuestión en el conflicto este-oeste y por otro lado la posición de los latinoamericanistas y europeos que consideran que el origen está en el subdesarrollo, la acumulación explosiva de la miseria y la opresión de dictadores, o pequeños grupos instalados por décadas en el poder.

A fines de la década del sesenta el gobierno de Carter rehabilita en su política hacia los países latinoamericanos los grandes principios de la política estadounidense para la región: desarme, derechos humanos, democracia. La doctrina Carter, procura evitar un nuevo Vietnam, abandonando las políticas que llevaron a las intervenciones armadas. Según explica Zbigniew Brzezinski, el gobierno demócrata intenta suprimir los puntos de presión que envenenan las relaciones norte-sur en el hemisferio occidental. En ese contexto explica la iniciativa de Carter de dar fin al conflicto por el canal de Panamá firmando el tratado Torrijos-Carter. La política de derechos humanos parece adaptarse más a las circunstancias latinoamericanas, lo que provocó el rechazo de los gobiernos autoritarios de Argentina, Brasil, El Salvador y Guatemala.

¹⁹ Rouquié, Alan, "Guerras y paz en América Latina", Ed. Efe, México, 1994. El autor señala que entre 1980 y 1986 el bloque soviético envió a Nicaragua una asistencia militar por valor de 600 millones de dólares, mientras que EE.UU. asistió al resto de Centroamérica por un valor de 1.000 millones de dólares en el mismo período.

En consonancia con este criterio en abril de 1977, el gobierno de EE.UU. decide pasar los créditos militares asignados a los países del continente por el *cedazo* de los derechos humanos. El 17 de julio de 1979 Anastasio Somoza abandona su país. Y en septiembre de ese año, ya bajo el gobierno de Daniel Ortega, Carter declara ante el Congreso que Nicaragua merece recibir la ayuda de Washington. No obstante la situación en el país centroamericano se radicaliza. Nicaragua y la URSS firman un acuerdo de cooperación económica científica y técnica en marzo de 1980. En noviembre de ese mismo año se retiran del gobierno nicaragüense los representantes de la oposición. Al mismo tiempo Ronald Reagan gana las elecciones presidenciales en EE.UU. y no bien asume, en enero de 1981, bloquea la ayuda a Nicaragua. La política norteamericana hacia el istmo varió 180 grados. Los conflictos de esa región vuelven a verse tras el prisma este-oeste. En la política mundial EE.UU. tiende a desestabilizar el expansionismo de la URSS. En lo que hace a la carrera armamentista terminará con la época de los éxitos a bajo costo, de satélites en serie y no desgastados para encarar un gasto millonario en la Strategix Defense Initiative (guerra de las galaxias). También se adopta la decisión de retomar el control centroamericano. Aclara Rouquié que "mientras los carterianos dicen estar dispuesto a tolerar una revolución indígena sin vínculo con la URSS en América Central, los republicanos en el poder consideran que la situación salvadoreña constituye un 'clear and present danger' para la seguridad de los Estados Unidos".

Mientras tanto y respecto a Nicaragua se fortalece a los "contra", a los que se prepara desde el territorio de Honduras. La misión de los contra, al menos ante el congreso norteamericano era la de interrumpir el flujo de armas hacia el Salvador, pero su verdadero propósito era el de volver ingobernable a Nicaragua. Reagan apoya personalmente "la guerra de baja intensidad", a un conflicto convencional en el cual las tropas norteamericanas tienen escasa participación (los contra son mercenarios). Para toda la región EE.UU. aplica la estrategia del pequeño garrote combina la ayuda a las guerrillas contrarrevolucionarias con una ofensiva internacional de propaganda y guerra psicológica. Avanzado el gobierno de Reagan se le encomienda a Kissinger preparar un informe sobre la situación en Centroamérica que fue presentado en enero de 1984. El informe parece inspirado en la visión demócrata de los problemas centroamericanos, más que en la concepción republicana de la agresión exterior. A su vez otro miembro del gabinete de la Casa Blanca, Elliot Abrams, rescata nuevamente los derechos humanos, pero con relación a Centroamérica señala que lo más importante no es el

respeto por los derechos humanos sino la democracia, o sea que, a partir del informe Kissinger y la influencia de Abrams la democracia se convierte en la principal arma contra Nicaragua.

Otra manifestación de la dureza norteamericana en la región fue la invasión a Granada (Antilla menor) en octubre de 1983, en la que se había establecido un gobierno de neto corte marxista proclamado procubano. EE.UU. casi no realiza esfuerzos en justificar su intervención alegando autotutela. La otra intervención se hizo en Panamá. Esta intervención estaba destinada también a servir de advertencia al gobierno sandinista.

Frente a todas estas presiones externas los sandinistas convocan a elecciones generales de manera pluralista en noviembre de 1984.

El apoyo de América Latina y de Europa a la democratización centroamericana: En el continente europeo la visión de los conflictos entre americanos difiere radicalmente de la norteamericana: en primer lugar el gobierno de Felipe González en España y el de Mitterrand en Francia procuran salir de la división hegemónica de Yalta apoyada por EE.UU. y expresan su simpatía por los países que buscan una tercera vía y propugnan un nuevo orden económico internacional mediante negociaciones globales entre el norte y el sur. Así se llega a la declaración franco-mexicana del 28-6-81, que procura evitar la escalada militar en El Salvador. A partir de entonces comienza a acercarse la Europa comunitaria a América Central y entre los días 28 y 29 de septiembre de 1984 se celebra en San José de Costa Rica la primera de una serie de reuniones entre ambas regiones. Se firma un acuerdo de alcance político para contribuir a la pacificación y a la estabilidad en donde también se establece una considerable ayuda económica. Por su parte América Latina con México (López Portillo) y Venezuela (Herrera Campins) a la cabeza.

EE.UU. cuenta en Centroamérica con el apoyo del Grupo de Tegucigalpa, integrado por Costa Rica, Honduras y El Salvador. A la acción de México y Venezuela se les une Colombia y Panamá, conformando el 4 de enero de 1983 el grupo de Contadora (isla panameña) que entra en relación directa con los países centroamericanos y también con los europeos que le prestan su apoyo. En 1983, comienzan a democratizarse los países sudamericanos. El 28 de julio de 1985 se crea en Lima el grupo de apoyo a Contadora, integrado por Argentina, Brasil, Perú y Uruguay. Toda América Latina (exceptuando el grupo Tegucigalpa) procura evitar la guerra en el istmo.

Esquipulas I: Por iniciativa del Presidente de Guatemala, el de-

mócrata cristiano Cerezo, se realiza el 15 de mayo de 1986 una reunión en Esquipulas donde crea una especie de foro democrático al que se invita también a Nicaragua.

Esquipulas II: La diferencia de criterios entre el grupo de Contadora y su grupo de apoyo, con EE.UU. es muy grande, por eso resulta encomiable la gestión del presidente Oscar Arias de Costa Rica, surgido de las elecciones que se llevaron a cabo en ese país el 2 de febrero de 1986. Por iniciativa de Arias hay una nueva reunión en Esquipulas los días 5 y 6 de agosto de 1987 que termina con la firma de un documento. El plan Arias no solo aborda los temas de seguridad sino que se refiere a la evolución interior y a las instituciones de los Estados, a los que imponen exigencias en materia de pluralismo y libertad. A diferencia de lo que ocurrió con Esquipulas. El documento de Arias recibe el apoyo de Guatemala, y Nicaragua adhiere. También lo hace Honduras, deseosa de deshacerse de los contra que operan desde su territorio. Finalmente adhiere El Salvador con lo que el documento resulta un éxito para el continente. Entre las propuestas cabe destacar: 1) la reconciliación nacional, lo que implicaba la promulgación de una amnistía; 2) el cese del fuego; 3) el restablecimiento de la democracia mediante elecciones libres y la supervisión de observadores internacionales de la OEA la ONU y terceros países; 4) la creación de un parlamento regional auspiciado por la Comunidad Europea; 5) la suspensión de la ayuda militar a los insurgentes; sexto, la no utilización de los territorios respectivos para atacar otros estados. El problema de los refugiados requirió un calendario de cumplimiento de estos compromisos y una comisión internacional de verificación y seguimiento integrada por los Secretarios Generales de la OEA y la ONU y los cancilleres de los países centroamericanos, el grupo de Contadora y el grupo de apoyo.

Esquipulas III; Se realizó en enero de 1988 durante la cumbre de San José en donde se hicieron ajustes al acuerdo anterior. De esta forma quedó institucionalizado el proceso de paz y su supervisión internacional. Se crean las condiciones para detener la acción contrarrevolucionaria de Washington.

Mientras tanto en el gran país del Norte, durante 1986, el gobierno había vivido el escándalo Irán-contras que le restó prestigio y autoridad al gobierno para actuar en Centroamérica. En el congreso predominó la mayoría demócrata y ante el resultado de los acuerdos Esquipulas, Reagan pierde el control de su política en América Central. A partir de noviembre de 1988 el gobierno de Bush cambia el enfoque norteamericano en Centroamérica. Pero la tendencia intervencionista no

cesa. El 20 de diciembre de 1989 se llevó a cabo el operativo "Just Cause" por el que 20.000 efectivos desembarcaron en Panamá para capturar al general Noriega, ex agente de la CIA, quien se volvió amigo de los cubanos y se vinculó al cartel de Medellín. Este episodio causó poca reacción en los demás países latinoamericanos.

Elecciones en Nicaragua: En cumplimiento de lo pactado, el 25 de febrero de 1990 se realizan las elecciones en Nicaragua y resulta triunfante la coalición que postulara a Violeta Chamorro como presidente. En atención a la fecha y al panorama internacional que le sirve de contexto, es indudable que en ese resultado influyó la descomposición del comunismo mundial en general, y en lo particular los enfrentamientos entre el gobierno sandinista y la Iglesia Católica. Adviértase que el rol de la Iglesia, particularmente de los sacerdotes progresistas fue uno de los factores decisivos del triunfo del sandinismo contra Somoza.

El Salvador: En El Salvador la situación también llega a un desenlace pacífico entre las dos facciones en pugna (el Arena y el gobierno salvadoreño) se llega al acuerdo de Chapultepec (México) del 16 de enero de 1992 en presencia de diez jefes de Estado. En el que se prevé la supresión de los cuerpos paramilitares, la disolución de los batallones de intervención y de los servicios de inteligencia. Se establece la policía civil y la depuración del ejército. Finalmente se fija la fecha de elecciones en 1994 y el ala pacífica del FMLN se transforma en partido político.

Guatemala: Guatemala presenta una situación distinta a la salvadoreña, pero se caracteriza por la violación de los derechos humanos con total impunidad. Se suceden gobiernos civiles de signo demócrata cristiano y golpes de estado militares. En enero de 1991 gana las elecciones presidenciales Jorge Serrano Elias por una organización recientemente creada, desplazando a los partidos vinculados con los militares. En septiembre de ese mismo año, contra la voluntad de los militares el gobierno de Guatemala se vio en la necesidad de dar el reconocimiento a Belice como nación independiente (recuérdese que Belice era para Guatemala como Malvinas es para la Argentina). En abril de 1991 Serrano lanza su iniciativa de paz total que comprende cuatro puntos: el fin de la lucha armada, mayor equidad económica y social, respeto y refuerzo del estado de derecho y profundización del proceso democrático. El acuerdo definitivo de paz recién se logra en 1997.

Puede ser posible la paz en Centroamérica: Los acuerdos de Esquipulas II y III se han ido cumpliendo, por lo que la paz se ha

obtenido desde el punto de vista formal. Para que sea definitiva se tendrán que resolver también problemas estructurales como los de la tenencia de las tierras y las relaciones sociales particularmente la brecha étnica creada en contra de los indígenas y ladinos. No obstante la desmilitarización de la sociedad y el fin de la impunidad de las fuerzas armadas han contribuido a la estabilidad política, así como la cooperación y asistencia brindada desde Europa y la solidaridad recibida de los demás países latinoamericanos.

CAPÍTULO VII
CONCLUSIONES

SECCIÓN XXXI: Evolución del derecho internacional

SECCIÓN XXXII: Derecho comunitario

SECCIÓN XXXIII: Relaciones internacionales

SECCIÓN XXXI

EVOLUCION DEL DERECHO INTERNACIONAL

134. Naturaleza del derecho internacional. 135. Desarrollo del derecho internacional. 136. Transformación actual del derecho internacional: A. *La contribución de la ONU a la codificación y el desarrollo progresivo del d.i. El aporte de la AG*; B. *Contribución de otros órganos de la ONU al desarrollo progresivo del d.i.*; C. *Otros conceptos y ámbitos desarrollados en el d.i.*

El enfoque con el que se tratan los temas del Capítulo VII se ha hecho a la luz del trialismo, para lo cual se parte de la vinculación existente entre tres factores: 1. Las transformaciones sufridas por la realidad internacional en los últimos veinte años; 2. La evolución de los valores de la comunidad internacional; y 3. La regulación normativa de los fenómenos indicados.

En la Sección XXXI al explicar la historia de la formación del d.i. se tuvo en cuenta el clima filosófico o los valores vigentes en cada época, así como la estructura internacional con sus actores y sus relaciones de poder. Es tan profunda la transformación operada que esos cambios necesariamente repercuten en el desarrollo progresivo del d.i.

El fenómeno es seguido por la ONU, y particularmente por la AG que tiene la misión específica de impulsar el desarrollo progresivo del d.i. y su codificación (art. 13 par. 1º de la Carta). La Comisión de Derecho Internacional tiene a su cargo el cumplimiento de esta finalidad.

En esta Sección se analiza la obra realizada por la CDI, y también los aportes de otros órganos de la ONU, y de otros organismos de su sistema. También se estudian otros conceptos y ámbitos desarrollados en el d.i., tales como los Derechos Humanos, el Derecho Humanitario, el Derecho Ambiental, el Derecho de las Comunicaciones y el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad.

134. Naturaleza del derecho internacional

La investigación del carácter del d.i. sigue generalmente el tradi-

cional eje de coordinación-subordinación. Algunos autores tratan de ubicarla, explícita o por lo menos implícitamente, dentro del triángulo coordinación-subordinación-inordinación.

Así parece entenderlo Charles De Visscher,¹ contraponiendo el orden de subordinación interno al orden internacional de "yuxtaposición", concepto que expresa la espontaneidad de un orden al que le falta una autoridad subordinadora. Pinto² lamentó que la tensión entre Occidente y la URSS, impidió la evolución del d.i. clásico hacia un derecho de integración institucional. No obstante, durante esa época, y todavía ahora, después de finalizado el sistema bipolar y cerca del siglo XX, el derecho de integración institucional se da en los procesos de integración regional, particularmente en aquellos en los que se crearon órganos supranacionales, como ocurrió en la Unión Europea.

Otros ubican el d.i., en la misma clasificación pero sin interpretar de modo homogéneo el concepto del derecho de inordinación (de integración o social). Legaz Lacambra⁴ destaca la falta de un concepto absolutamente idéntico. Tiene como consecuencia divergencias en la calificación del derecho internacional.

Según Walz, el d.i. por su estructura es un orden jurídico configurado según el espíritu del derecho de coordinación; sus sujetos son los Estados individualistas, egoístas y exigentes, que reclaman la fundamental igualdad de derechos; es preferentemente un derecho convencional. En contraste con él, el derecho estatal está constreñido según el espíritu del derecho de subordinación y de inordinación.

Sin embargo el d.i., tiene características esenciales de un derecho de inordinación: la falta de una autoridad coordinadora y de órganos distintos de los sujetos. El efecto de estos dos aspectos constituye la parte débil del d.i., el cual carece de la coacción propia del Estado. Por débil que sea la unidad de los intereses y de las ideas (la variedad de los fines, las condiciones y los criterios valorativos), ella sólo proporciona al d.i. su efectividad, no siendo respaldada como el orden interno, por la coerción organizada. Por esa razón, Gurvitch⁵ califica al d.i. de derecho social (vale decir inordinativo) "puro e independiente". Los Estados no pueden aspirar ni siquiera a una "igualdad ante el derecho"

¹ De Visscher, 1955, p. 119.

² Pinto, 1955, p. 316.

³ Scheuner, 1951, p. 607.

⁴ Legaz Lacambra, p. 319.

⁵ Legaz Lacambra, p. 356.

dada su desigualdad orgánica, determinada por factores geográficos ante el cual se inclina el d.i., subordinando lo general a lo individual.

Por fin, el d.i. es, por oposición al derecho nacional de la abrumadora mayoría de los Estados contemporáneos, eminentemente consuetudinario; por lo tanto, formado por las realidades institucionales y no por la voluntad humana. Contra las instituciones inamovibles se estrellan los esfuerzos de ambiciosos reformadores al estilo de Woodrow Wilson. Según Renard,⁶ son esas realidades, no la sola voluntad de las partes contratantes, las que proporcionan efectividad a los tratados.

Para Gurvitch, el d.i. es la manifestación más nítida e indudable del derecho social puro e independiente. La existencia de este tercer tipo de derecho, es necesaria para una solución satisfactoria, e inclusive la comprensión de varios problemas planteados por el orden jurídico internacional. Los que se limitan a la alternativa: derecho de subordinación o de coordinación, deben optar entre dos soluciones posibles: 1º) construir el d.i. como un orden individual, lo que equivale decir una anarquía individualista por falta de un criterio superior de la vida internacional, 2º) considerarlo como un orden del estado universal único, rechazando la multiplicidad de los derechos nacionales. Ninguna de estas dos alternativas es real. "Si el d.i. existe, no puede ser otra cosa que el derecho social, que deduce de sí mismo los criterios de su fuerza reguladora",⁷ Dentro del d.i., considerado en su totalidad como un derecho de inordinación, distingue Gurvitch cuatro formas:

1) *El inorganizado*: a) de la comunidad internacional primaria (que responde a la "sociedad internacional de hechos" y la "sociedad internacional orgánica", del Código de Malinas) y b) de las comunidades funcionales que Gurtvich distingue dentro de aquélla: la política, la económica, etcétera.⁸

2) *El organizado*: a) de la SDN, ONU, CIJ, OIT;⁹ b) de las organizaciones internacionales de carácter administrativo.

Especialmente la OIT no puede explicarse, a su juicio, sin el derecho social.

Legaz y Lacambra comparte el criterio de Gurvitch, ubicando, sin embargo, el d.i. dentro del de inordinación social, en su mayor parte, no totalmente.

⁶ Renard, 1930, ps. 201-215.

⁷ Gurvitch, 1932, p. 54; 1931, p. 210.

⁸ Gurtvich, 1932, ps. 54-5.

⁹ Gurtvich, 1931, ps. 171-186 (SDN), 186-200 (OIT) y 200-208 (CPJI).

Primero examina el d.i. a través de la clásica alternativa: subordinación o coordinación (“el d.i. presenta la paradoja de un derecho público bajo la forma de coordinación”) lo que lo lleva a la opinión de que si un Estado reclama al otro el cumplimiento de un tratado, no lo hace como parte contratante, sino como órgano de la comunidad internacional. Es una particularidad del d.i. bien conocida por los internacionalistas, que se limitan a valorarla como una lamentable manifestación del carácter primitivo de d.i. o bien la elaboran en el sentido analítico para una definición más sutil de las normas vigentes. A pesar de la estructura subordinada de sus normas y de la importancia de la coordinación como condición de ciertos efectos jurídicos, la relación del d.i. pertenece a la integración. Se lo explica como un derecho de inordinación para diferenciarlo del derecho coordinativo y subordinativo; se trata menos de la sumisión a una autoridad internacional que de la integración de una comunidad dentro de la cual el Estado no es solamente destinatario, sino también legislador y órgano primario de ejecución. Se refiere al desdoblamiento funcional de George Scelle. Los Estados no están sometidos a una autoridad internacional, pues tal no existe, sino integrados en la comunidad internacional. Dentro del d.i. distingue : 1, un sector mínimo de pura subordinación; 2, un sector no muy amplio de pura coordinación, y 3, la mayor parte expresa las relaciones de integración o inordinación,¹⁰ si bien se traduce en proposiciones normativas de estructura subordinativa y coordinativa.

La evolución del contenido del d.i.: Por lo que ya se dijo, el d.i. se dirige a los Estados y crea para ellos, derechos y obligaciones. Pero hoy en día, finalizando el siglo XX, resulta evidente que el d.i. no regula sólo relaciones interestatales sino que también tiende a disciplinar materias atinentes a las relaciones interindividuales, que son las relaciones internas de las comunidades estatales. Como señala Conforti¹¹ la vida moderna está dominada por el internacionalismo. En el plano jurídico esta característica se traduce en la tendencia a transferir la disciplina de las relaciones económicas, comerciales, sociales, del plano nacional al internacional. Se trata de materias que son reguladas por convenios internacionales que desplazan las regulaciones del derecho interno si lo permiten las normas constitucionales (jerarquía normativa) del Estado que debe aplicarlas. Además, a partir de la Convención

¹⁰ Legaz, ps. 361-2. Admitió (durante una entrevista en Madrid, en 1967) que este elemento inordinativo se manifiesta sobre todo en el derecho comunitario. (Véase sección XXXII).

¹¹ Conforti, Benedetto, Derecho Internacional, Zavallá, Bs.As, 1995, p.13.

de Viena de 1969 y lo dispuesto en su art. 27, los Estados no pueden invocar disposiciones de su orden interno para no cumplir con las obligaciones internacionales contraídas. Es decir que en caso de incumplimiento entra a funcionar el régimen de responsabilidad internacional.

135. Desarrollo del derecho internacional

El conocido proverbio latino “donde hay sociedad, hay derecho” es cierto sólo respecto al derecho interno.¹² En la antigüedad las sociedades políticas podían coexistir, sin establecer relaciones pacíficas continuadas sujetas a un ordenamiento jurídico. Este no se da entre las sociedades primitivas que todavía no superaron la fase tribal de su organización; fase que no es propicia para relaciones intergrupales. Tampoco se dio entre el imperio romano y el imperio persa de Sasánidas, que nunca llegaron a establecer algunas normas de convivencia pacífica, aunque se trataba de dos Estados altamente civilizados, con notables proyecciones culturales precisamente en materia de convivencia humana. Aunque los persas no llegaron a un orden jurídico comparable al romano, su administración pública era muy adelantada.

Sólo de vez en cuando surgía, en tal o cual parte del mundo, un orden jurídico que coordinaba las relaciones de un grupo de sociedades políticas, por ejemplo India; China (en la época de su desmembramiento político); las ciudades-estados griegas; Roma y los primitivos Estados vecinos (creación del orden jurídico romano).¹³ Todos estos ordenamientos emergían y se desintegraban sin dejar rastros¹⁴ salvo en fuentes históricas, con una sola excepción el ordenamiento jurídico que nació en la Europa medioeval; la *res publica Christiana*. Este se consolidó y perfeccionó a tal grado que después de la época de los descubrimientos geográficos se elevó a la jerarquía de un derecho universal.

La historia del d.i. puede concebirse de una doble manera: puede

¹² Halajczuk, 1966, ps. 31-37, desarrolló este tema más detenidamente.

¹³ En la Argentina realizó amplias investigaciones cubre el d.i. de la antigüedad el prof. Isidoro Ruiz Moreno.

¹⁴ Pierden de vista esta falta de continuidad algunos internacionalistas, como p. ej. Mushkat (1961, p. 358) o Jenks (1958, P. 341); lo destaca Halajczuk, 1966, ps. 32-35, nota 38.

abarcar todos estos intentos sucesivos, o limitarse al último. En el presente manual hemos optado por esta segunda disyuntiva.¹⁵

Estudiaremos distintos elementos que hicieron impacto en la evolución del d.i. occidental.

a) *Clima filosófico: Valores.* Si analizamos las fases que abarca el desenvolvimiento del d.i., tenemos que remontarnos hasta la edad media, época en que existía la comunidad cristiana de los Estados, carente de auténticos nucleamientos nacionales. La unidad religiosa, lingüística (el latín) y cultural, son rasgos sobresalientes de aquella época; el derecho romano común y el canónico proporcionaban unidad jurídica. La Santa Sede, que mantenía la paz por medio de la mediación y el arbitraje, proclamaba la *Tregüa Dei* (Tregua de Dios) y en caso de violación recurría a una sanción canónica efectiva: la excomunión, que quitaba al príncipe el gobierno liberando a sus vasallos de la obediencia.

La unidad religiosa se disloca a consecuencia de las guerras de religión; le sucede un período de transición caótico que termina en 1648 con la paz de Westfalia. Empieza la época del derecho clásico que llega a su forma definitiva en 1713 con el Tratado de Utrecht del que emerge un mecanismo de equilibrio. El Tratado de Westfalia admite la pluralidad religiosa, por lo tanto, surge la necesidad de ordenamiento internacional adaptado a las nuevas condiciones horizontales que carecía de una autoridad común.

Hasta comienzos del siglo XX, todo el mundo se hallaba bajo la supremacía de las grandes potencias occidentales, que impusieron la observancia de los valores occidentales en la versión liberal. Esos valores perdieron su vigencia universal en Rusia en 1917 con la revolución bolchevique económica. Asia y Africa los puso en tela de juicio después de la descolonización, pues luego de la emancipación política, esos pueblos aspiraron a la cultural y económica. La ausencia de un trasfondo cultural común debilitó la efectividad planetaria de un d.i. universal.¹⁶

Pero con los adelantos tecnológicos en materia de comunicaciones,

¹⁵ Coincidimos en este punto con Verdross (1961, p. 8): "...El d.i. no es la ordenación jurídica del mundo, sin más es, simplemente una de las posibles ordenaciones jurídicas del mundo. El d.i. es un fenómeno histórico, surgido en el tiempo, que podría desaparecer para dar lugar a otra distinta ordenación.

¹⁶ Kunz, 1954 y 1955; Halajczuk, 1958 y 1966.

como INTERNET, se facilitó el fenómeno de la globalización en este final del siglo XX. Antes que se produjera la caída del Muro de Berlín, Juan Carlos Puig se refería a la vigencia de un régimen económico internacional, del cual estaban desconectados los países del bloque soviético, y anunciaba que esa situación no podía perpetuarse.¹⁷ La crisis económica-financiera que sufrió la URSS en los años ochenta, facilitó la globalización de la economía a nivel mundial, ocupándose de permitir su penetración en el bloque soviético así como la transformación del pensamiento político y económico operado con las reformas impuestas por Gorbachov. A partir de la desmembración de la URSS y la reforma de países satélites del régimen, el modelo económico liberal se globalizó. A un año del fin secular, el clima filosófico vigente, es que estamos viviendo en una aldea global. Y como ya se dijo, en algunos procesos regionales se aspira a la unidad política, como en el caso europeo.

b) Relaciones de poder, condiciones e intereses. En la relación entre política internacional y derecho, se destaca como factor importante el interés como elemento subyacente en la formación de las normas de d.i.. Existe una pluralidad de intereses, consecuencia de la pluralidad de las condiciones objetivas en el orden internacional.

En la edad media, el eje de la vida europea fue el Mar Mediterráneo. El mayor impacto sobre el d.i. lo ejercieron por un lado Bizancio y por otro, ciertos Estados italianos de poca superficie pero voluminoso comercio. Con los descubrimientos geográficos, el centro de gravedad se trasladó a orillas del Océano Atlántico (España, Países Bajos, Suecia, Francia, Inglaterra). Son las grandes potencias marítimas las que ajustan el d.i. a sus intereses. Si bien los Estados europeos secundarios no tuvieron influencia mayor sobre la formación del d.i., las normas del mismo derecho no resultaron perjudiciales para ellos.

Pero los Estados no europeos se hallaban en una situación diferente. Algunos de ellos, en el primer contacto con las grandes potencias desaparecieron, como sucedió con los imperios azteca e incaico. A los que no les tocó una suerte semejante, en parte cayeron bajo el protectorado de los europeos y en parte, conservaron la soberanía pero fueron aceptados en la familia internacional como miembros menores.¹⁸ La única excepción la constituyó Japón. Sólo después de la Segunda

¹⁷ Puig, Juan Carlos: "Malvinas y Régimen Internacional", Ed. Depalma, Bs. As. 1983.

¹⁸ Véase Nº 50, E.

Guerra Mundial se llegó a la igualdad jurídica con los europeos. En su momento, como lo señalamos en la 1ra edición del libro, algunos internacionalistas planteaban si son válidos para los nuevos Estados afroasiáticos las normas de d.i. tradicional que han sido elaboradas sin su participación, es decir, tan sólo por una parte de la comunidad internacional, sin tener en cuenta los intereses específicos de Asia y Africa.¹⁹

Superada esa etapa de la descolonización y de la reacción contra lo europeo, los efectos de la globalización también llegaron a Asia y Africa. Sin embargo, hay que admitir que simultáneamente, en numerosos países resurgieron los problemas nacionales. En los últimos 25 años hemos asistido a guerras como las que culminaron con la independencia de Bangladesh, o al intento cesionista de Biafra en Nigeria, o las continuas rebeliones de los kurdos, o a la de los chechenios. En Africa se desataron guerras étnicas en Ruanda, e inestabilidad por luchas civiles en numerosos Estados: Eritrea, Somalia y otros. En Europa subsisten por ejemplo en España manifestaciones del ETA y de los separatistas vascos. En Irlanda del Norte recién se logra la paz mediante el tratado suscripto en mayo de 1998 entre todas las partes interesadas lo que incluía no solo a los gobiernos sino también a los grupos extremos de ambos bandos: el IRA y los inflexibles anglicanos. Aun después del tratado hay actos de terrorismo destinados a impedir la consolidación de la paz, de signo protestante (Orden de Orange) ya que sus principales víctimas son los católicos.

c) Actores. Analizando la evolución de los sujetos de d.i., es decir de sus actores, como momento decisivo para el d.i. cabe señalar la aparición de los estados nacionales en el umbral de la edad moderna. Prácticamente el d.i. nace en esa época. Hasta aquel entonces existía una poliarquía feudal en la que era muy difícil distinguir el *derecho público del derecho privado*.²⁰

Para Halajczuk, hasta la mitad del siglo XX, el d.i. contaba con sujetos bien definidos y parejos que tenían la misma esencia: los

¹⁹ Véase Nº 8 A.

²⁰ Es anacrónico admitir que ya en la Edad Media, existía un derecho internacional. La ausencia de Estados con una autoridad nacional fuerte contribuyó a la unidad europea. Las unificaciones nacionales se produjeron en torno a uno de los escalones de la pirámide poliárquica: el real. En la figura del monarca se concentró el poder, formándose el Estado nacional, condición previa de d.i.

Estados perennes, cada uno de los cuales constituía un supremo valor para un pueblo soberano. Pero con el sistema bipolar aparecen nuevos tipos: el Estado satélite, nacional y perenne pero dependiente. Corresponde aclarar que al producirse la desaparición del régimen soviético, los Estados que lo seguían en su órbita de influencia sufrieron cambios radicalizados que los llevaron a adaptarse a la economía liberal de mercado y al régimen democrático de gobierno con la participación de partidos políticos.

Otra situación presentaron los nuevos Estados asiáticos y africanos. Estos últimos desde antes de su independencia en la década del sesenta, carecían de sustancia nacional y por ende de estabilidad, lo que continúa todavía en 1998.²¹

d) Estructura internacional. El orden vertical de la Edad Media con el Papa y el Emperador en el vértice, se transformó en una estructura horizontal. Esta nueva estructura crea condiciones propicias al d.i. clásico, asentado en el mecanismo del equilibrio de los poderes. Todos los Estados debían vigilarse recíprocamente para que ninguno de ellos concentre el poder llegando a amenazar a los demás, por lo tanto quedaba prohibida la anexión. Si algún Estado se encontraba demasiado débil para sobrevivir, las grandes potencias lo repartían entre sí, de tal modo que no se beneficiaba a una sola y no amenazaba el equilibrio. Este sistema de equilibrio fue bastante eficaz aunque fundado en un principio de poca jerarquía, egoísta. Salvo el episodio revolucionario francés, no hubo ninguna conflagración universal desde 1648 hasta 1914. Sólo guerras cortas y más bien locales entre Austria y Dinamarca, Austria y Prusia, Prusia y Francia.

Desde 1815 (Congreso de Viena), hasta 1914 (Primera Guerra Mundial), el sistema de equilibrio de poder quedó institucionalizado, depositado entre las grandes potencias europeas. Primero la Santa Alianza, luego el Concierto Europeo.²² Al equilibrio de los poderes se sumaban los poderosos intereses financieros, preocupados en la paz y la vigencia del d.i., condición previa del comercio y las inversiones internacionales.

El primer cambio que sufre el d.i. clásico se produce después de la Primera Guerra Mundial. Su fundamentación doctrinal se debe al

²¹ Véase N° 40 A.

²² Véase N, 40 A, 87 A, 90 D.

Papa Benedicto XV y el presidente de EE.UU., Woodrow Wilson, lo llevó a cabo. El pensamiento de Wilson se desarrolló en varias declaraciones donde formuló una serie de principios: 1) reafirmación de la libertad de los mares; 2) reducción de armamentos; 3) igualdad de condiciones comerciales entre las naciones; 4) replanteo de la cuestión colonial; 5) derecho de autodeterminación de los pueblos; 6) las relaciones de los Estados deben fundarse en los mismos principios de honor y respeto que rigen en los Estados civilizados entre los ciudadanos. Los catorce puntos del ideario wilsoniano dieron fundamento a la 1ra Organización Universal, la Sociedad de Naciones (1918).

La Segunda Guerra Mundial dio lugar a una nueva estructura del poder mundial. Por un lado surge la ONU en la que participan todas las potencias victoriosas y la mayoría de los Estados existentes, constituyendo para el cumplimiento de los objetivos y propósitos de la institución, un modelo de sociedad internacional organizada. La Carta de la ONU estableció nuevos principios como la prohibición del uso y/o de la amenaza del uso de la fuerza. El primer corolario de ese principio es la desaparición de la concepción clásica de neutralidad. Para Jiménez de Aréchaga "si la agresión y la guerra configuran un delito, los demás Estados no pueden ya legítimamente asumir una posición de neutralidad en cada conflicto, tal como en la esfera interna no se concibe una postura neutral entre el delincuente y la autoridad"²³. El segundo corolario de ese principio fue *la institucionalización del uso de la fuerza por parte del Consejo de Seguridad, y la creación del concepto de seguridad colectiva* definida como "aquel sistema en el que los miembros han renunciado mutuamente a la neutralidad". (Ver arts. 2 inc.5; 25, 39, 43, 41 y 10 de la Carta).

La extensión y la base universal de los principios sustentados por la ONU tienen su fundamento en el inc. 6 del art. 1 de la Carta, y en el art. 103, que impone la superlegalidad de este instrumento internacional por sobre los demás compromisos internacionales. El citado artículo dispone: "En caso de conflicto normativo entre las obligaciones contraídas por los miembros de Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro

²³ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, señala que: al desaparecer el derecho ilimitado de guerra tiene que desaparecer la concepción clásica de neutralidad", en "Derecho Constitucional de las Naciones Unidas", Editado por la Escuela de Funcionarios Internacionales de Madrid, 1958, p. 55.

convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

El tercer gran cambio se operó con el proceso de Descolonización y acrecentó la comunidad internacional con la incorporación de los nuevos Estados asiáticos y africanos. Este grupo de Estados conjuntamente con los latinoamericanos y los de la órbita soviética, dejaron en minoría a los occidentales liderados por EE.UU. La democratización de la representación en la Asamblea General repercutió en el tenor de las resoluciones aprobadas por la AG a partir de la década del sesenta.

Fuera de la ONU, las relaciones entre los Estados se fue alineando en torno a dos superpotencias: EE.UU. líder del mundo occidental, de modelo liberal, y la URSS, como adalid del comunismo. A su vez esta nueva estructura del poder mundial pasó por varias etapas, a las que nos referimos al hacer el análisis de las relaciones internacionales, pero destacamos que se pasó de una sombría etapa de guerra fría al descongelamiento de las relaciones con la coexistencia pacífica. Pese a que se presentaron marchas y contramarchas, la carrera armamentista se detuvo ante el cambio estratégico militar de EE.UU. con su propuesta de defensa en el espacio. Con el avance del comercio internacional y de un régimen económico que se hacía cada vez más internacional, la URSS quedó atrapada en un gran déficit financiero y con crisis en su sistema productivo lo que justificó las reformas impuestas por Gorbachov. Así, por causas endógenas y exógenas se produjo la debacle de un régimen que dominó un amplio sector del mundo por más de setenta años.

A partir de 1991 entramos en la transición hacia un nuevo orden. Algunos expertos en relaciones internacionales consideran que no estamos ante un nuevo orden sino en un restablecimiento del viejo orden. Para otros, la transición es evidente.

Las transformaciones sufridas también han repercutido en la Comunidad Internacional Organizada, ya que la ONU ha podido aplicar sanciones a través del Consejo de Seguridad, de conformidad con el Cap. VII de la Carta, y con la participación de EE.UU. y Rusia en su condición de Estado sucesor de la URSS. A su vez, tanto el anterior Secretario General Boutros Ghali, como el actual Kofi Annan consideran necesario introducir reformas en la Carta de la organización, que la adecuen a los nuevos tiempos y a las nuevas realidades internacionales.

La exposición que hemos hecho es de carácter meramente des-

criptivo, pero existen también otros intentos de efectuar una ponderación más objetiva, más sistemática de la historia del d.i..

Raymond Aron,²⁴ consideraba en la década del sesenta, que la sociología histórica puede proporcionar un enfoque muy propicio para el conocimiento de las relaciones internacionales que constituyen el trasfondo sociológico del desarrollo del d.i.. El mismo autor introduce el concepto de las “constelaciones diplomáticas” Stanley Hoffmann desarrolló esta idea sistematizándola y calificando de “sistemas” lo que Aron llama constelaciones diplomáticas.²⁵

Según Hoffmann, un sistema de relaciones internacionales es un modelo de relaciones entre actores, unidades básicas que se estructuran según los objetivos que persiguen esas unidades, las tareas realizadas entre ellas, y los medios utilizados para su realización.

Si todos estos elementos coinciden, existe un sistema, el que cambia cuando cambian distintos elementos.²⁶

Según Hoffmann, el estudio de un sistema debe abordar:

1. *La estructura concreta del mundo estudiado.* Es la cuestión de saber cuáles son los actores. Los actores hoy en día, son los Estados; no así en la Edad Media. Actualmente los Estados son reemplazados parcialmente, en temas económicos o comerciales por las organizaciones regionales, o grandes bloques económicos. Además en materia estratégico militar global, las grandes potencias desempeñan un papel distinto del que tenían antes; y el liderazgo lo ejerce EE.UU., sin duda alguna.

2. *Las fuerzas que atraviesan las unidades u operan en el seno de las mismas.* Estos factores ajenos a la relación intergubernamental, son de dos clases distintas:

a) Hay factores objetivos: progresos tecnológicos, militares y económicos; el impacto de la revolución industrial en una época, de la

²⁴ Opinión citada según Hoffmann, 1902.

²⁵ Hoffmann, 1961.

²⁶ Analizando la evolución de los actores que actúan en la escena mundial, se observa que en el pasado remoto lo eran las tribus y en la antigüedad, los imperios. En la edad media, aparece la llamada poliarquía medieval, producida por la dispersión del poder político. Surge una compleja pirámide en la constitución social de la comunidad europea, basada en la verticalidad jerárquica de los distintos estamentos (sectores de la sociedad agrupados por comunidad de intereses) y las distintas categorías de la nobleza feudal. El rey, el emperador y finalmente el Papa constituían los últimos peldaños de esta pirámide.

revolución tecnológica, o el invento de las armas nucleares; en otra época, o actualmente la revolución de las comunicaciones y la globalización. Decíamos en 1972 que “La difusión del monopolio nuclear puede llevar en el porvenir al surgimiento de un nuevo sistema, en el lugar del bipolar”, pero si bien esa difusión no ha sido la causa del cambio de sistema, a fines de el siglo XX estamos constatando que se hizo efectiva la difusión del arma nuclear, y que son varias las grandes potencias, y las que no lo son tanto, que tienen arsenales atómicos para hacerse sentir por sus vecinos o por el resto del mundo. Me refiero particularmente al caso del mutuo desafío entre India y Pakistán, en mayo y junio de 1998, o a los esporádicos, pero no menos alarmantes ensayos efectuados por Francia o por China, en el océano Pacífico.

b) Hay movimientos transnacionales ideológicos, por ejemplo el liberalismo en el pasado o el anticolonialismo en los años sesenta, y el neoliberalismo hoy en día.

3. *Relaciones entre la política interior y exterior de los Estados.* Abarcan toda una serie de factores complejos de la influencia de la política interior en la política exterior y viceversa.

4 *El resultado de las interrelaciones entre estos tres factores.* a) el d.i. refleja la estructura concreta del mundo, el derecho de la coordinación de los Estados territoriales, propio del sistema del equilibrio pasado; o bien, el derecho externo de un imperio como la *lex faciale* del imperio romano, o bien la ausencia de un auténtico d.i. en la edad media; o la aceleración de la mundialización del d.i. como ocurre hoy en día;²⁷ b) el d.i. refleja también las fuerzas que actúan a través de las unidades, su coherencia y autoridad dependen de la presencia de las ideologías transnacionales y del concepto de legitimidad; c) por fin la situación interna de las mayores unidades tiene su relevancia en el d.i. porque refleja los modelos del poder y la cultura política de los actores principales.

También dijimos en 1972 que algunos investigadores buscaban explícita o implícitamente, las causas de la crisis de d.i., en la teoría de los sistemas, porque consideran que el d.i. tradicional fue adaptado a las condiciones específicas del sistema del equilibrio de poderes

²⁷ Ellos eran comunes hasta la primera guerra mundial. El liberalismo, limitaba las funciones estatales más o menos al papel de “estado vigilante” lo cual fortalecía la estabilidad del orden internacional. La existencia de las ideas transnacionales que se reflejan en el d.i., contribuyen a la estabilidad de éste, y la ausencia de tales ideas a la inestabilidad del mismo.

especialmente en su fase madura, en la segunda mitad del siglo pasado. Por lo tanto, con la terminación de aquel sistema, el d.i. quedaba sin su base. Después de la Segunda Guerra Mundial se estableció el sistema bipolar laxo (Kaplan) o sistema bipolar a secas (Aron y Hoffmann)²⁸ y todo se analizó desde ese dato fundamental.

Por lo tanto, no nos limitamos, en la presente obra, a una exposición pura y simple de d.i., sino que señalamos también las principales modificaciones y tendencias. Veinte años después, la situación de incertidumbre en cuanto a si estamos o no frente a un nuevo orden mundial vuelve a plantearse y no hay una respuesta definitiva. En la actualidad se superó el sistema bipolar y nos encontramos ante un mundo global, con una superpotencia estratégico-militar y también económica, y cuatro bloques regionales que dominan el mercado mundial.

136. Transformación actual del derecho internacional

A. La contribución de la ONU a la codificación y el desarrollo progresivo del d.i. El aporte de la AG

Entre las metas que se propuso la organización, ocupa un lugar principal la tarea de codificar las normas consuetudinarias vigentes sobre temas de interés central y la de procurar el desarrollo progresivo del d.i. en las áreas nuevas o carentes de regulación.

Se encomendó la ejecución de esta tarea a la Asamblea General, según lo dispuesto en el art.13 inc.1ro. de la carta. Para cumplir con ese mandato, la AG conformó una comisión especializada de juristas que representan a los distintos sistemas jurídicos, a la que denominó Comisión de Derecho Internacional.

Ha sido incesante la producción de la CDI de la AG de la ONU con miras a la codificación y el desarrollo progresivo del d.i.. En su primer período de sesiones, en 1949, la CDI realizó un examen de conjunto del

²⁸ Cabe aclarar que en la literatura dedicada a las relaciones internacionales aparece el sustantivo "sistema" en dos niveles distintos: a) como un concepto teórico un "modelo", o sea un medio metodológico para la sistematización de las relaciones internacionales. Especialmente Kaplan realizó una verdadera investigación sobre el sistema en este sentido; b) como un concepto histórico: Aron y Hoffmann han investigado dos sistemas concretos, separados por la transición entre las dos guerras mundiales: el sistema de equilibrio de poderes y el sistema bipolar.

d.i. teniendo por base el memorándum presentado por el Secretario General a fin de orientar la labor de la comisión de acuerdo al artículo 18 de su Estatuto. El documento fue tan sistemático que prácticamente no omitió ninguno de los temas que podían ser tomados como labor futura de la CDI.

En la segunda edición de este libro, en 1978, se hizo referencia a la celebración del 25° período de sesiones de la comisión, donde se pudo establecer que de los 14 temas seleccionados en 1949, entre los que se encuentra el derecho de los tratados, el derecho del mar, la sucesión de Estados, la nacionalidad, la responsabilidad de los Estados, las relaciones diplomáticas y consulares, etc. La mayoría o ya estaban codificados o su estudio estaba muy avanzado.

A modo de ejemplo, y por haber analizado cada uno de los convenios celebrados a iniciativa de la CDI en las secciones correspondientes de este libro, señalamos la codificación del derecho de los Tratados. Los relatores especiales del tema fueron: J.L. Brierly, Sir Hirsh Lauterpach, Sir Gerald Fitz Maurice y Sir Humphrey Waldock. Como la convención no comprendió a los tratados celebrados con organizaciones internacionales o de estas entre sí, la labor de codificación se completó con la Convención de Viena de 1986.

En 1995 se cumplieron los 50 años de creación de la ONU. La CDI, que fue creada en 1947 cumplió sus 50 años en 1997. Está integrada por 34 expertos de d.i. que desempeñan sus funciones a título individual representando el sistema jurídico al que pertenecen pero no a sus Estados nacionales.

La CDI se ha caracterizado por enfocar con realismo los temas sometidos a su estudio, por lo que no dejó de tener en cuenta el impacto que en el d.i. tienen los fenómenos políticos, económicos y sociales más importantes que se produjeron en las relaciones internacionales de los últimos años. Entre ellos se destaca el de la descolonización, particularmente en lo que respecta al tema de la sucesión de Estados, que dio lugar a dos convenciones celebradas en Viena: la 1ra sobre Sucesión de Estado en Materia de Tratados de 1978 y la 2da en materia de Bienes de 1984. El problema de la igualdad de trato entre los Estados, se abordó al estudiar la CDI la cláusula de la nación más favorecida.

La institucionalización de la comunidad internacional con un número cada vez más crecido de organizaciones internacionales complejas, también fue un tema que constituyó fuente de inspiración para la CDI, a través, por ejemplo, del estudio de los tratados concertados por organizaciones internacionales, entre sí o por éstas con los Estados

a la que ya se hizo referencia, o la convención sobre privilegios e inmunidades de la ONU.

La cuestión ecológica y el impacto de la actividad humana en el medio ambiente se analizaron, aunque parcialmente, en el proyecto de artículos sobre "El derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación". Ese proyecto que aspira a ser la futura Carta Magna de los cursos de aguas internacionales, faculta a los Estados interesados a concertar acuerdos bilaterales o multilaterales ajustados a sus necesidades concretas, pero respetando los principios generales establecidos en el acuerdo marco. Se trata de un enfoque flexible que permite la vigencia de los acuerdos ya existentes. Todavía no se ha resuelto si el proyecto adoptará la forma de un Convenio marco, o si se tratará de un conjunto de normas modelos o directrices.

El método de trabajo: El Estatuto de la CDI distingue entre: desarrollo progresivo, zonas nuevas no descubiertas por el d.i. clásico, y la codificación del d.i. Además, al abordar nuevos temas, la CDI tiene en cuenta la coherencia estructural del d.i.. Pese a que se trata de dos procedimientos distintos en sus años de labor, la Comisión advirtió que se estaba desdibujando la distinción entre ambos conceptos, por lo que estimó necesario hacer un examen general de la codificación en el sistema de la ONU. Se manifestó además que la codificación era "un proceso encaminado a arbitrar una "solución adecuada", que fuera la expresión de la ley en un momento determinado. Por su parte, el desarrollo progresivo entrañaba forzosamente la elección del modo en que se debía desarrollar el derecho. Ello permitía diversas soluciones, ninguna de las cuales era excluyente".²⁹ La Sexta Comisión le manifestó a la CDI que "sería preferible que reconociese la existencia de elementos de elección, determinara las distintas opciones y explicara los criterios", o sea que es necesario distinguir las normas que son de derecho vigente (*lex lata*), de las que se formulan con fines de desarrollo progresivo (*lege ferenda*).

En los últimos años, de acuerdo a las observaciones efectuadas por la Sexta Comisión de la AG, la CDI ha introducido mejoras en sus propios programas y métodos de trabajo. Entre estos adelantos debe

²⁹ Ver informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48 período de sesiones (1996), Resumen por temas del debate celebrado en la Sexta Comisión de la AG durante su 51 período de sesiones, documento A/CN.4/479 de febrero de 1997, ps 19-20.

destacarse un diálogo más intenso y efectivo con los gobiernos y con la Sexta Comisión, que es un cuerpo de representantes gubernamentales que se ocupa de temas jurídicos de la Organización, con la cual empezó a celebrar reuniones periódicas de carácter oficioso. También amplió sus contactos con otras instituciones académicas de todo el mundo, con vistas a racionalizar el proceso de codificación y evitar la duplicación de esfuerzos con el mismo fin. En el mismo sentido se decidió establecer una cooperación más estrecha con otros organismos de la ONU y otros órganos interesados en el desarrollo del d.i.³⁰ Con estas iniciativas se procuró cambiar la idea que se tenía de la comisión como de una institución distante de los intereses reales de los gobiernos.

Para asegurar una mejor asistencia a los Relatores Especiales de cada tema, se consideró conveniente el establecimiento de grupos consultivos de expertos. Además se analizó la propuesta de revisión del estatuto de la CDI, durante 1998.

La Sexta Comisión elogió la labor cumplida por la Comisión por su "importante contribución a la ampliación y el desarrollo de la función del d.i. en la era de posguerra".

En cuanto al programa de trabajo de la CDI para el resto del quinquenio, se propuso que se limitara a un cierto número de cuestiones cuyo tratamiento pudiera finalizar en los plazos fijados. Se estableció el siguiente orden de prioridades temático: responsabilidad de los Estados, reservas a los tratados y protección diplomática. Se propuso que la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el d.i. se tratara como un aspecto de la responsabilidad de los Estados.

Los temas que actualmente estudia la Comisión:

a) *La Responsabilidad de los Estados*: Es el tema que más tiempo de elaboración le ha llevado a la CDI, respecto al cual se han establecido tres objetivos: 1) este conjunto de normas debe desempeñar un papel decisivo en la solución de los conflictos internacionales; 2) debe lograrse la pronta conclusión de la labor sobre el tema, para lo cual no deben introducirse elementos nuevos ni complicados, y deben separarse los que dificultan su aceptación general; 3) con respecto a la forma del instrumento a adoptar, se recomendó un criterio flexible, que reafirme

³⁰ Ver Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 49 período de sesiones (1997). Debate en la Sexta Comisión de la AG, documento A/CN.4/483 de junio de 1998.

las normas de d.i. en la materia y no como un convenio que requiere la ratificación de los Estados.

Entre los temas a suprimir, o tratar por separado se incluye la noción de crimen de Estado tratada en el art. 19 del proyecto. El uso indebido de la noción de crímenes internacionales en la práctica podría utilizarse como pretexto para imponer contramedidas y sanciones desproporcionadamente severas por infracciones menores del d.i. El concepto de crimen de Estado presenta dificultades insuperables frente a los principios *par in parem non habet imperium* y *societas delinquere non potest*. La CDI llegó a la conclusión de que era preferible iniciar las gestiones para establecer una Corte Penal Internacional para enjuiciar a las personas incursoas en crímenes internacionales que continuar el intento de criminalizar la conducta de un Estado como tal. El informe producido por la Comisión en 1998 demuestra que la Comisión, para tomar esta decisión tuvo en cuenta las observaciones de los Gobiernos y la doctrina jurídica internacional. Otra de las conclusiones de la CDI fue que la sanción debería ser la indemnización y no el castigo, se debía procurar la reparación y no comprometer la independencia política y la estabilidad económica del Estado infractor y "menos aun causar padecimiento a su pueblo". Respecto a las contramedidas se entendió que se podía justificar un estudio por separado.

Por las razones expuestas anteriormente la CDI había resuelto encarar por separado el proyecto sobre responsabilidad de los Estados, un proyecto de código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad Internacional y el proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional. En el informe de la Comisión sobre su labor en su 46 período de sesiones (1994), consideró esencial que el proyecto de código se coordinara con el proyecto de Estatuto destacando la importancia del Código como derecho sustantivo y del Estatuto como derecho procesal. El éxito de los trabajos se advierte en junio de 1998 con el desarrollo de la Conferencia de Roma para aprobar y firmar el Estatuto disponiendo la creación del Tribunal Penal Internacional. El resultado de la votación fue de 120 Estados a favor y 7 en contra.

b) Responsabilidad Internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional: La CDI en su informe sobre las cesiones de 1997, lamenta que se haya avanzado poco en este tema ante la renuencia de los Estados a definir el alcance del régimen de responsabilidad para ese tipo de actividades. Se avanzó en la diferenciación del tema de la responsabilidad internacional y la obligación de prevenir. La prevención se refería a las actividades

peligrosas, según el principio XXI de la declaración de Estocolmo. En 1996 el grupo de trabajo designado por la CDI para este tema llegó a la conclusión de que los Estados tienen la obligación de prevenir los daños transfronterizos y de reducir los riesgos al mínimo, en particular mediante evaluación del impacto ambiental. Según la tendencia predominante en la Comisión la prevención simplemente introduce al desarrollo de la regulación del derecho ambiental como desafío que debe resolver la comunidad internacional en víspera del siglo XXI.

c) *La "Inmunidad Jurisdiccional de los Estados"*. Fue un tema de alto contenido político, en cuyo estudio se analizó la transformación operada por el concepto de soberanía a partir de la Segunda Guerra Mundial, así como las reformas producidas en el Estado. El tema se vincula con los actos de Estado: "*iure imperii*" y "*iure gestionis*" y con el rol del Estado en la actividad comercial. Se advierte a través de su estudio la "*capitis diminutio*" sufrido por el concepto de soberanía.

d) *La Protección Diplomática*: En el informe de 1997 la CDI llega a la conclusión de que es cada vez mayor la necesidad práctica de codificar el d.i. en esta materia. Para delimitar el tema la mayoría propuso la codificación de las normas secundarias, o sea "los fundamentos, condiciones, modalidades y consecuencias de la protección diplomática." Se resolvió no examinar la responsabilidad por lesiones o daños a extranjeros.

El tema incluiría también la protección funcional otorgada por las organizaciones internacionales a sus agentes, conforme la orientación de la jurisprudencia internacional en el tema. No obstante se acordó que la protección diplomática que ejerce el Estado dimana del d.i. mientras que la ejercida por una organización internacional dimana de un tratado específico. En cuanto al contenido del tema había que considerar los cambios sufridos a partir del desarrollo de las normas contemporáneas de derechos humanos. Adviértase que los derechos humanos son ejercidos por los individuos, mientras que la protección diplomática la ejerce el Estado. Se contempló también la situación especial de los refugiados. Se tuvo en cuenta el principio procesal del *agotamiento de los recursos internos* como condición previa, y que también debía tomarse en cuenta las doctrinas Drago y Calvo. Respecto a las personas jurídicas se debate sobre su inclusión en este régimen.

e) *Actos unilaterales de los Estados*: La CDI también resolvió la codificación y el desarrollo progresivo de este tema habiendo ya re-

copilado jurisprudencia internacional e información sobre la práctica de los Estados. Se creó un grupo de trabajo que delimitó el tema sólo a los actos provenientes de Estados y no de otros sujetos de derecho internacional, analizando sólo aquellos que tuviesen efectos jurídicos en el plano internacional. Se excluyeron los actos ilícitos, se incluyó al acto de reconocimiento y a las declaraciones interpretativas. El objeto del Grupo de Trabajo es el de precisar los elementos constitutivos y los efectos en el d.i. de los actos jurídicos unilaterales de los Estados y enunciar las reglas que le son aplicables en forma general, así como las reglas especiales pertinentes para determinada categoría de tales actos.

Resultados de la labor de la CDI en los últimos 20 años: En la edición anterior del libro, en 1978 se destacó los resultados positivos de la tarea de codificación y desarrollo progresivo de esta Comisión. En los 20 años posteriores la labor de la Comisión no ha sido fácil ni fue siempre productiva, pero como ella misma lo señala se ha intensificado su ritmo de trabajo y hay nuevas iniciativas desde 1995 a la fecha. Esto es consecuencia del propósito de la CDI de mejorar sus propios programas y métodos de trabajo entablando un diálogo mas intenso y efectivo con los gobiernos y la sexta comisión de la AG, otros organismos de la ONU y otros órganos interesados en el desarrollo del d.i.. Hoy podemos afirmar que la CDI está en condiciones de desempeñar su función en la reforma del proceso de codificación en el sistema de la ONU.

Temas directamente tratados por la Asamblea General: No obstante que el desempeño de la CDI resulta eficiente, algunas cuestiones, por su repercusión política o económica, fueron tratadas por la AG mediante el recurso de convocar a Conferencias internacionales. Ocurrió con el Derecho del Mar, así como con el espacio ultraterrestre y el medio ambiente, temas en los que se tuvo en cuenta el impacto de la tecnología, y de la economía.

Los principios de d.i. también han sido objeto de estudio y pronunciamiento por parte de la AG. A través de una serie de Declaraciones, este órgano fijó posición en cuanto a definir los alcances y la naturaleza jurídica del contenido de esas declaraciones.

Se trata, entre otras, de las siguientes:

1. Resolución 1514 (XV). Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales.
2. Resolución 2131 (XX). Declaración sobre la Inadmisibilidad de

la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados y Protección de su Independencia y Soberanía.

3. Resolución 2625 (XXV). Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

4. Resolución 3281 (XXIX). Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

5. Resolución 3314 (XXIX). Definición de la agresión.

B. Contribución de otros órganos de la ONU al desarrollo progresivo del d.i.

El Consejo de Seguridad a partir de la Operación Tormenta llevada a cabo en enero de 1991 empezó a hacer una utilización efectiva de las sanciones establecidas en el Capítulo VII de la Carta de la ONU. Los casos en los que aplicó estas sanciones son doce según lo que surge del informe presentado al 13 de mayo de 1998 por el Secretario General. Se trata de sanciones contra Rodesia del Sur, Sudáfrica, Yugoslavia, Irak, Somalia, Libia, Liberia, Haití, Angola, Ruanda, Sudán y Sierra Leona. Las sanciones consistieron en embargos económicos, embargo de armas, restricciones al comercio, embargo petrolero y sanciones diplomáticas. De esta forma el Consejo de Seguridad implementó una parte del articulado de la Carta (Capítulo VII) que no había tenido casi posibilidades de uso durante el imperio del sistema bipolar.

La resolución 940/94 del 31/7/94 autoriza a los Estados miembros a integrar un fuerza multinacional, bajo mando y control unificado, en cumplimiento del capítulo VII de la Carta. Pero como bien observa Consani, Estados Unidos desnaturalizó el sentido de dicha resolución al ejercer el mando y control de las fuerzas unificadas de una manera exclusiva o monopólica.³¹

El Consejo de Administración Fiduciaria: Los objetivos del sistema fiduciario se alcanzaron en 1994, cuando alcanzó su independencia el último de los 11 territorios fideicometidos originales: el Territorio en Fideicomiso de las Islas del Pacífico (Palau), administrado por los

³¹ Consani Norberto, "Derecho Internacional contemporáneo", trabajo de investigación del IRI, UNLP. 1997.

Estados Unidos. Todos los territorios bajo administración fiduciaria alcanzaron el gobierno propio o la independencia, ya sea como Estados separados o uniéndose a países independientes. El Consejo de Administración Fiduciaria, que ha modificado su reglamento, sólo se reunirá siempre y cuando las circunstancias lo exijan.

Los organismos especializados de las NU han desempeñado una función importante en el desarrollo del d.i.

La *Organización Internacional del Trabajo (OIT)* ha elaborado más de 350 convenios y recomendaciones en materia laboral.

El tráfico aéreo en todo el mundo es más seguro gracias a los reglamentos sobre tráfico aéreo internacional, que han sido convenido bajo el auspicio de la *Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI)*.

La *Organización Marítima Internacional (OMI)* ha desarrollado varias convenciones sobre muchos aspectos de la navegación y el transporte marítimo.

La *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)* protege la propiedad intelectual y los derechos de autor en todo el mundo.

La *Organización Mundial de Comercio (OMC)* creada en 1995 en reemplazo del GATT, está regulando el Comercio Internacional a escala mundial y bajo los principios de la economía de mercado.

C. Otros conceptos y ámbitos desarrollados en el d.i.

Patrimonio común de la humanidad: En la evolución del d.i. contemporáneo, uno de los conceptos más revolucionarios que se han incorporado es el de "patrimonio común de la humanidad". Su autoría pertenece a Aldo Armando Cocca,³² quien elaboró esa idea para incorporarla en el proyecto del convenio internacional sobre los principios que deben regir las actividades en la Luna y otros cuerpos celestes. El artículo 1º del proyecto presentado por Cocca dice: "los recursos natu-

³² Acerca de la paternidad argentina de este principio de tanta significación internacional, véase Sylvia Maureen Williams, "The role of equity in the law of outer space", en "International Relations, Vol. V, N° 1, mayo 1975, ps. 792-93.

rales de la luna y otros cuerpos celestes constituyen un patrimonio común de la humanidad" (doc. A/AC.105/C.2/L.71).³³

Este concepto se aplicó posteriormente para definir la naturaleza jurídica de los fondos marinos, en la Convención del Mar de 1982.

El *Derecho ambiental* también tuvo un amplio desarrollo, ya que numerosos convenios se firmaron desde la Conferencia de Estocolmo de 1972. El hito posterior más importante en este tema fue la Cumbre de la Tierra o Conferencia de Río de 1992 celebrada en conmemoración de los 20 años de celebración de la primera Conferencia. La declaración de Río de 1992 es un documento que rige las políticas de desarrollo y ambientalistas de los Estados en esta nueva era. En ella se enuncia el principio del "desarrollo sostenible" y el denominado "criterio precautorio" (principios 3 y 15).

La dimensión mundial de los problemas ambientales ha hecho que se aprueben varios tratados en esa esfera. El programa de las Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA) ha ayudado a la elaboración de muchos de ellos.

La Convención de Viena (1983), el Protocolo de Montreal (1987) y la Enmienda de Londres al Protocolo de Montreal (1990) tienen por objeto la reducción del daño a la capa de ozono de la tierra, que protege la vida en el planeta contra las nocivas radiaciones solares ultravioletas.

El convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación (1989) disminuye los peligros de la contaminación producto de los desechos tóxicos.

La Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de Fauna y Flora silvestre (1973) se reconoce universalmente por sus logros en materia de fiscalización del comercio de productos silvestres.

³³ El tema suscitó un encendido debate que duró un lustro en el seno de la subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión del Espacio. El país que más se opuso a los aspectos jurídico-políticos que presentaba este concepto fue la URSS. En 1973 se realizó en Bakú (URSS) un coloquio internacional sobre temas del espacio y los juristas soviéticos trataron de destruir el documento argentino y sus tesis; igual intención tuvieron en 1974 en Amsterdam (Holanda), sin lograrlo. Más aún, a comienzos de 1975, en la presentación de la URSS ante COPUOS se comenzó a aceptar la tan discutida tesis del patrimonio común de la humanidad, y en el documento distribuido en el curso del XXXI período de sesiones de la AG de la ONU se aceptó lisa y llanamente la doctrina argentina.

La Convención sobre la diversidad biológica (1992) trata de detener la destrucción de las especies, hábitat y ecosistemas.

El Convenio marco sobre los cambios climáticos (1992) obliga a los Estados partes a reducir las emisiones de gases de invernadero que causan el calentamiento mundial y problemas atmosféricos conexos.

Los *Derechos Humanos y el Derecho Humanitario*, son otra área de indudable progreso. Los primeros han superado el problema de la implementación y aplicación efectiva, a través de Pactos y Convenios de cumplimiento obligatorio, que crean instancias intermedias como las Comisiones de Derechos Humanos, e instancias judiciales como las Cortes de Derechos Humanos, en ámbitos regionales como Europa y América o universales como el Tribunal Penal Internacional.

El Derecho de las Comunicaciones ha generado una copiosa producción de tratados, que abordan temas propios del desarrollo progresivo del d.i. Entre estos ámbitos nuevos se destaca *el derecho informático*, vinculado al tema de las comunicaciones, al de la propiedad intelectual, al derecho penal por los "delitos informáticos", y al de la globalización de la cultura, que de una u otra manera repercute en la formación del derecho internacional.

El Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional estuvo a cargo de la Comisión de las NU para el derecho mercantil internacional. (CNUDMI), establecida en Viena en 1966 está integrada por 36 Estados miembros que son elegidos por períodos de seis años. La labor de esta Comisión se expresa a través de los siguientes resultados:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980, fija el reglamento jurídico que rige la elaboración de contratos para la venta internacional de bienes, las obligaciones entre vendedores y compradores, los remedios en caso de violación de contrato y muchos otros aspectos contractuales.

La Convención de las Naciones Unidas sobre letra de cambio internacionales y pagarés internacionales, de 1988, provee instrumentos internacionales que las partes pueden usar en las transacciones comerciales internacionales.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que se utiliza ampliamente, constituye un conjunto de normas de procedimiento según las cuales las partes pueden acordar que habrán de conducir sus procedimientos de arbitraje, en caso de desacuerdo en sus relaciones comerciales.

En noviembre de 1998 Buenos Aires fue sede de la Conferencia Mundial sobre cambio climatológico en la que una vez más estuvieron en pugna el criterio ecológico de protección del ambiente por un lado y los que proponen un desarrollo sin reglas por el otro.

Corolario: La tendencia al establecimiento de tribunales con jurisdicción internacional en temas específicos, se ha hecho cada vez más notoria. Los casos más recientes son la creación del Tribunal del Mar, y el Tribunal Penal Internacional. Esta tendencia pone en evidencia, que comienza a aceptarse una incipiente institucionalización, aunque fuere parcial, como forma de demostrar la evolución que experimenta la comunidad internacional, en pos de su propia organización, llegando al final del segundo milenio.

SECCIÓN XXXII

DERECHO COMUNITARIO

137. Derecho Comunitario: A. *Concepto y características*; B. *Evolución*; C. *Nociones básicas del ideal comunitario*; D. *Principios de la integración*; E. *Características de la organización*; F. *Organos*. 138. Fuentes del derecho comunitario: A. *Fuentes del derecho comunitario europeo*; B. *Procedimiento para la creación de normas comunitarias a partir del Tratado de Maastricht*. 139. Relaciones con el derecho constitucional. 140. Proyecciones internas del derecho comunitario. 141. Comparación: A. *Criterios*; B. *Una estructura institucional funcional que se debe perfeccionar*.

El tema de esta Sección ha sufrido grandes transformaciones en las dos últimas décadas. En efecto, ya antes de la desaparición del sistema bipolar, se agudizó la tendencia de los países a agruparse en espacios regionales que les permitiese la ampliación de sus mercados, así como una posición más favorable para el intercambio comercial y para negociar con el resto del mundo. Esto se advierte primero en Europa, y luego en América Latina, así como en América del Norte y entre los países de la Cuenca del Pacífico.

En esta parte del mundo, el proceso más importante es el del Mercosur, que constituye una alianza estratégica útil para sus 4 miembros. De marcado carácter economicista y preferentemente comercialista, la propuesta concitó el interés y la participación de los factores productivos (industriales, comerciantes, trabajadores) así como del mundo de la educación y la cultura, la salud, los servicios, y otros aspectos que interesan a los ciudadanos de los 4 países (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay).

En esta sección se estudia la naturaleza y características del derecho comunitario, así como las instituciones, las fuentes, y la vinculación externa de los procesos de integración.

Se analiza la relación del derecho comunitario con otras disciplinas jurídicas, particularmente con el d.i. y el derecho constitucional.

Finalmente se estudian los problemas actuales que afronta el Mercosur, y la forma en que se está encarando la superación de los mismos.

137. Derecho Comunitario

A. Concepto y características

El derecho comunitario puede definirse como el conjunto de reglas jurídicas, establecidas por los tratados constitutivos de procesos de integración entre dos o más Estados, y las normas emanadas de las instituciones creadas por dichos procesos. Se califica como comunitario todo proceso de integración dotado de órganos supranacionales que generan un derecho propio. La denominación comunitaria deviene de las comunidades europeas que fue el primer modelo de integración de carácter supranacional.

Corresponde diferenciar dos categorías de normas en el derecho comunitario: las originarias y las derivadas:

1) el derecho comunitario originario está integrado por los tratados celebrados por los Estados miembros a los fines de la integración.

2) el derecho comunitario derivado está constituido por las normas emanadas de las instituciones, creadas en esos tratados.

Características: El derecho comunitario goza de las siguientes características:

El *pragmatismo*: No pretende dar respuestas totales a los problemas económicos o políticos, sino que solamente es un intento de dar una solución.

La *operatividad* también es una característica fundamental. Ello quiere decir que los tratados que dan origen al derecho comunitario y a las demás normas que se dictan en consecuencia de esos tratados por parte de los órganos comunitarios es el derecho producido por los órganos comunitarios, es *self executing*, es decir que se ejecuta por sí mismo, sin necesidad de su recepción e incorporación previa al derecho público de los Estados que forman parte. Vale decir que rige operativamente de por sí en todo el área, sobre todo el espacio, y para las personas o sujetos sometidos a esa jurisdicción.

La *flexibilidad*. El derecho comunitario es una respuesta concreta a problemas concretos, por lo tanto existe la posibilidad de cambiarlo a medida que los problemas cambian.

La *instrumentabilidad*: El derecho comunitario aparece siempre vinculado a un proceso o a un instrumento político que es necesario poner en funcionamiento y hacerlo obligatorio.

La *supremacía* del derecho comunitario, al igual que el derecho público de cada uno de los Estados, exige que sus normas sean soberanas y que a ellas se ajusten como consecuencia, todas las demás normas, no sólo las comunitarias sino también las normas internas de cada uno de los Estados.

La *uniformidad*: Si el derecho comunitario es supremo y lo es aún por encima del derecho público interno, debe tener una interpretación y una aplicación uniforme, que tenga uniformidad en los órganos de interpretación y de aplicación. El derecho comunitario no se debe destruir por vía de interpretaciones parciales en cada uno de los Estados.

B. Evolución

A raíz del fracaso de la Sociedad de las Naciones, al final de la Segunda Guerra Mundial los Estados occidentales europeos se mostraron por demás cautelosos respecto de la idea de una Unión Europea. Sin embargo, comenzaron a constituirse ciertas organizaciones internacionales de tres tipos:

De carácter militar. Es el caso de Benelux que unía a Bélgica, Holanda y Luxemburgo.

De carácter económico, como la Organización Europea de Cooperación Económica conformada por los países beneficiarios del "Plan Marshall".

De carácter político siendo su ejemplo el Consejo de Europa creado en 1949.

Si bien estos intentos cubrían las principales materias de cooperación internacional, ninguno de ellos daban a Europa una estructura coherente, una personalidad única que le permitiera expresarse de una manera eficaz. Este inconveniente sumado al duro periodo de la "guerra fría" fueron dando a luz, lentamente, a las tres comunidades europeas.

El primer proceso de integración se dio en el continente europeo, por iniciativa de Francia y Alemania, dos naciones cansadas de la guerra y dispuestas a hacer duradera la paz mediante el establecimiento de una política de integración. Así es como resolvieron transformar una de las zonas en disputa: el Rhur y sus yacimientos de carbón, en un factor motorizador de la integración.

• *Creación de la CECA:* El 18 de abril de 1951 se firma en París el

tratado que crea la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) entre Alemania Federal, Bélgica, Francia, Italia, Países Bajos y Luxemburgo. Esta primera Comunidad debía hacer funcionar como un mercado común entre los sectores del carbón y del acero, puesto que la industria siderúrgica se encontraba completamente desbastada. Además, si los dos grandes participantes, Francia y Alemania ponían en común sus recursos metalúrgicos y mineros, la posibilidad de una nueva guerra entre ambos no sólo era impensable sino materialmente imposible.

Para lograr esos objetivos se creó un modelo institucional original compuesto por cuatro órganos: la "Alta Autoridad" supranacional, encargada de tomar las decisiones comunitarias y de velar por el interés común, el "Consejo Especial de Ministros" que era intergubernamental, la "Asamblea Común" encargada de llevar el control democrático y la "Corte de Justicia". Dada la naturaleza supranacional de la más alta autoridad, Gran Bretaña se negó a firmar el tratado, puesto que no tenía ninguna intención de delegar funciones que le eran propias como Estado en un órgano autónomo.

Antes de proseguir con el análisis propuesto, es imprescindible dejar en claro que los Estados europeos reconocieron desde un principio que el ambicioso proyecto de construir un mercado común, sectorial o más amplio, exigiría una organización institucional especial dotada de ciertas competencias soberanas delegadas por las naciones.

A raíz de esta propuesta se originó la discusión sobre la naturaleza jurídica de la Europa que pretendían construir: ¿Federación Europea o simple cooperación europea?

Por ello, sin definir jamás en los tratados la naturaleza jurídica de la construcción europea, los Estados miembros delegaron poderes soberanos en las instituciones, porque consideraron que ciertas competencias que les pertenecían como naciones pasaban a ser de interés común, y por ello serían manejadas por un órgano que nucleara dicho interés.

Cada comunidad tiene su propio órgano ejecutivo comunitario. La CECA la Alta Autoridad; el CEE y Euratom, las Comisiones. Existía la tendencia a fundirlos en un solo órgano. El órgano comunitario no es una mera Secretaría propia de las organizaciones internacionales, ni es un supergobierno. Tiene las competencias múltiples que le otorgan los tratados o bien las decisiones del Consejo de Ministros. Este órgano utiliza una técnica particular con amplio recurso a los sondeos. Trata de conciliar los intereses que a primera vista podrían parecer antagónicos. Siempre se observan particularmente los intereses de otros

miembros. Esto pudo advertirse frente al problema de las carnes, tan lamentable para la Argentina, Italia y Alemania tuvieron que inclinarse ante los intereses franceses.

En esta comunidad de intereses pueden advertirse los rasgos de un derecho de inordinación, que es un derecho de intereses comunes y no como el derecho de coordinación, un derecho de conciliación de intereses antagónicos.

Creación de la CEE y de la CEEA: Sin definir el proyecto de integración deseado, como ya se dijo, los fundadores de la construcción europea consideraron la CECA como la primera etapa hacia la "Federación Europea". Pero los acontecimientos demostraron que no había llegado ese momento. Especialmente la guerra de Corea y el rechazo francés del tratado que instituyó la Comunidad Europea de Defensa (CEI), demostraron la imposibilidad de comenzar directamente por la integración política.

Luego de este fracaso, los países del Benelux dirigieron a los Estados miembros de la Comunidad Europea un memorándum sobre la creación de un mercado común generalizado. Dicho Proyecto fue analizado favorablemente, y el 25 de marzo de 1957 se firmaron dos tratados en Roma entre los seis Estados de la CECA, creando la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA). Los mismos entraron en vigor el 14 de enero de 1958.

Las dos comunidades dotadas de una estructura institucional similar a la de la CECA se construyen, sin embargo, sobre ideas diferentes, puesto que la supranacionalidad de la Alta Autoridad se atenuó sensiblemente. Además, cambió de nombre y en la CEE y la CEEA se llama Comisión Europea. Por otra parte, el poder de decisión pasó de la Comisión, depositaria del interés comunitario, al órgano intergubernamental, es decir al Consejo de Ministros. Como las tres comunidades poseían una estructura institucional similar, en julio de 1967 se procedió a unificarlas conservando, no obstante, la coexistencia de las tres comunidades europeas. Hoy se cuenta con cinco instituciones comunes: el Parlamento, la Comisión, el Consejo de Ministros, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Cuentas.

A medida que los objetivos de la CEE se iban concretando, especialmente luego de la entrada en vigor de la Unión Aduanera en 1968, las solicitudes de incorporación se fueron sucediendo. Así en 1973 la Comunidad Europea se amplió con Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, con Grecia en 1981 y con España y Portugal en 1986. En 1990

Alemania Federal fue reemplazada por la Alemania Unificada y en 1995, la Comunidad, transformada en la Unión Europea, se amplió con Austria, Finlandia y Suecia

Durante casi tres décadas las Comunidades Europeas fueron desarrollándose con éxitos y fracasos hacia el objetivo deseado. En ese periodo los tratados sólo sufrieron tres modificaciones en los ámbitos del régimen financiero y presupuestario, en materia de elección de los miembros del Parlamento por sufragio universal directo y en lo atinente a la reducción de las instituciones a la unidad.

El Acta Única Europea y Tratado sobre la Unión Europea: El famoso “déficit democrático” acusado por el Parlamento Europeo, las modificaciones a los tratados, el avance en el establecimiento de la Unión Aduanera y el deseo de alcanzar un mercado común que abarcara todos los sectores, provocaron la creación del “Comité Doodge” dentro del Consejo Europeo para la elaboración de una profunda modificación del Tratado de Roma constitutivo de la CEE.

Por ello, luego de espinosas negociaciones, y teniendo como base los trabajos del Comité Doodge, se citó a una conferencia intergubernamental que elaboró el Acta Unica Europea (AUE), firmada el 14 de febrero de 1986 por nueve Estados miembros y el 28 de febrero del mismo año por Italia, Dinamarca y Grecia.

Las grandes transformaciones instauradas por el AUE conciernen sólo a la CEE salvo la creación del Tribunal de Primera Instancia que es común a las tres comunidades. Dichas transformaciones favorecieron, en primer lugar, al Parlamento Europeo porque:

1) En los casos en que sólo se le solicitaba un dictamen no vinculante se reformó la norma obligando al Consejo de Ministros a solicitar dictámenes vinculantes.

2) Se creó el proceso de cooperación en la adopción de normas comunitarias, sobre el que volveremos más adelante.

Además se dio status jurídico a la “cooperación intergubernamental en materia de política extranjera” que funcionaba “de facto” desde 1970. Asimismo realizó modificaciones al Tratado de Roma para lograr el objetivo de un mercado interior en seis años, de 1986 a 1992, conforme fuera establecido en el “Libro Blanco” de la Comisión Europea el 14 de junio 1985.

Sin embargo, el mayor logro del AUE fue crear un clima favorable a futuras reformas fundamentales. Fue así que en 1989 el Consejo Europeo reunido en Madrid propuso la Unión Económica y Monetaria

y en 1990 el mismo Consejo reunido en Dublín aconsejó la Unión Política.

A fin de conseguir dichos objetivos se convocaron dos conferencias intergubernamentales que elaboraron un proyecto de tratado sobre la Unión Europea, aprobado por el Consejo Europeo en Maastrich (diciembre de 1991) que entró en vigor el 1º de enero de 1994, previa ratificación de todos los Estados miembros la que fue otorgada con reticencia.

La Unión Europea carece de personalidad jurídica y de estructura institucional. Utiliza el cuadro orgánico de las tres comunidades europeas. Sin embargo la Unión Monetaria posee una estructura institucional autónoma de tipo federativo.

La integración económica en América Latina se realizó en un comienzo en el Mercado Común Centroamericano (MCCA), que fue creado por el tratado general de Managua y modificado en 1962 por el convenio del Salvador. Luego surge la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que abarcaba Sudamérica y México, creada en 1960 por el Tratado de Montevideo y bajo la inspiración e influencia ejercida por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), dependiente de la ONU. La idea fue bien acogida por los principales economistas latinoamericanos, entre ellos Raúl Prebisch de Argentina. En la ALALC, el Tratado de Montevideo del 18-2-1960 creó una zona de libre comercio, con el fin de lograr en doce años la liberación del comercio dentro de la zona, con la intención de establecer, más adelante, un Mercado Común Latinoamericano, promoviendo la integración económica. Como no logró su objetivo, en 1980 sus Estados miembros la dejaron sin efecto y constituyeron la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) por un nuevo Tratado de Montevideo. Mientras tanto se conformaron tres subregiones: 1) Por el Tratado de Cartagena se creó en 1968, el Grupo Andino inspirado en la "Declaración de los Cuatro", expuesta por el presidente chileno Eduardo Frei (padre), en el seno de la OEA; 2) Otros países del Cono Sur formaron la Cuenca del Plata, institucionalizada por el Tratado de Brasilia de 1969; 3) El tercer grupo subregional fue el Pacto Amazónico, establecido en 1978.

En el marco de posibilidades que brinda la ALADI, se creó el Mercosur (Mercado Común del Sur), por el tratado de Asunción de 1991, que es el proceso de integración mejor logrado de América del Sur.

C. Nociones básicas del ideal comunitario

El Tratado sobre la Unión Europea tiene los siguientes ideales básicos:

—Promover el progreso económico y social equilibrado, a través de un espacio sin fronteras interiores, por el establecimiento de una unión económica y monetaria que creará una moneda única.

—La puesta en marcha de una política exterior y de seguridad común que logrará la definición de una Política de Defensa Común.

—Reforzar la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos de sus Estados miembros instituyendo la “ciudadanía de la Unión”.

—Desarrollar una cooperación más estrecha en materia de justicia y asuntos interiores.

—Mantener y desarrollar la experiencia comunitaria adquirida.

La idea de mercado común, luego retitulada “interior” por el AUE se define como un área geográfica única que substituye a todas las áreas geográficas nacionales, y en la que se aplican las reglas de la economía de mercado. Tal creación supone la coordinación y armonización de políticas comerciales en un mismo sentido. Ello implica:

—Supresión de barreras aduaneras nacionales e implementación de una tarifa aduanera común aplicada en idénticas condiciones por todos los Estados miembros en las operaciones con terceros países.

—Prohibición de toda medida que implique trabas no tarifarias, tasas, ayudas públicas y otras, que coadyuven a la protección directa o indirecta de los mercados nacionales.

—Abolición de discriminaciones públicas o privadas fundadas en la nacionalidad. También la prohibición de disposiciones de acuerdos combinados entre operadores que implican la violación de la competencia y de la unidad del mercado restableciendo las fragmentaciones del mismo.

—Asegurar la libre circulación de mercaderías, de capitales, de servicios y de personas.

La misma integración económica conlleva un aumento considerable de intercambios comerciales que, poco a poco, hizo nacer el deseo de poseer una moneda única a fin de asegurar la transparencia en las operaciones. El resultado positivo de la coordinación de políticas comunes junto con la intención de nuclear la posición externa de la Unión provocaron el establecimiento de la unión política.

En el Mercosur se ha logrado establecer una zona de libre comercio y una Unión Aduanera todavía imperfecta ya que falta determinar el Arancel Externo Común (AEC) a un 14% del nomenclador arancelario. Se critica al proceso por excesivamente comercialista y por no haber desarrollado los demás aspectos sociales, políticos y culturales. No obstante se hacen grandes esfuerzos por cubrir los vacíos como lo señalaremos más adelante.

D. Principios de la integración

Los principios sustantivos, filosóficos y políticos que fundamentan al derecho comunitario son: progresividad, reciprocidad, igualdad y solidaridad.

1. *Progresividad.* Consiste en la implementación gradual de la integración debido a la necesaria prudencia con que hay que efectuar la armonización económica y jurídica, para adecuar el ordenamiento jurídico y la estructura productiva de los Estados a la nueva situación.

2. *Reciprocidad.* Se refiere a la correspondencia mutua de un Estado con otro. Traduce la filosofía misma de la integración, ya que implica solidaridad y voluntad común para llevar a cabo todos los actos de la integración.

3. *Igualdad.* Se trata de la igualdad jurídica de los Estados que es de por sí un principio del derecho internacional. Pero en un proceso de integración corresponde destacar que se salvaguarda la soberanía en la medida que el país se integre en una institución internacional con participación igualitaria junto a los otros Estados. Según Felipe González este principio consolidó la paz y la prosperidad en el proceso de integración Europea.¹

4. *Solidaridad.* Es el principio central de todo proceso integracionista. Así lo ha destacado el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia del 7-2-1973 (asunto 39/72 Comisión Italia, Rec. 1973, P. 115 y sigs.), que impone a los Estados miembros la obligación de respetar las reglas del proceso. En el mismo sentido se ha expresado la sentencia del 5 de mayo de 1981, que niega a un Estado el derecho de adoptar medidas de

¹ González, Felipe, "Los problemas económicos no se solucionan con tentaciones nacionalistas", en "La Nación", 1-11-93.

conservación de los recursos pesqueros sin haber obtenido el acuerdo de la Comisión y en ausencia de decisiones del Consejo en la materia.²

E. Características de la Organización

La Organización Comunitaria es el conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, las relaciones jerárquicas, las situaciones jurídicas y la actuación y control de los órganos que ejercen las funciones comunitarias. En todo sistema comunitario subyace una determinada organización política administrativa y económica.

1. *Organización política*: El proceso de integración se caracteriza por la existencia de órganos supranacionales que generan un derecho propio, común de la entidad. Esta organización puede ser:

a) *Asociación*. El vínculo que se crea entre los Estados está destinado a facilitar el flujo del comercio con miras al establecimiento eventual de un mercado común.

b) *Comunidad*. Implica un proceso de supranacionalidad. Los Estados miembros delegan facultades en órganos superiores. La relación entre la organización y sus miembros se rige por dos principios: el de subsidiaridad y el de primacía del derecho comunitario.

c) *Unión*: Los Estados delegan facultades legislativas y jurisdiccionales a favor de organismos supranacionales, lo que implica unificación legislativa y de políticas, monetarias, fiscales, laborales, etc.. Consiste en crear un sistema político diferenciado, distinto de los Estados nacionales.

2. *Organización administrativa*. Puede ser centralizada o descentralizada.

a) *Centralizada*. Las facultades de decisión las tienen los órganos superiores de la Comunidad. En la Unión Europea se trata de las cinco Instituciones creadas por el Tratado de Maastricht. En el Mercosur son los órganos establecidos en el artículo 2 del protocolo de Ouro Preto, que son el Consejo, el Grupo y la Comisión de Comercio.

b) *Descentralizada*. El ordenamiento jurídico confiere atribuciones o competencias a entidades dotadas de personalidad jurídica. El Tratado de Maastricht creó el sistema Europeo de Bancos Centrales que constituyen un ejemplo de descentralización administrativa. En el

² Louis, Jean-Victor, "El ordenamiento jurídico comunitario", p. 54.

Mercosur, el grupo Mercado Común puede crear subgrupos de Trabajo con distintas especialidades.

3. *Organización económica.* La integración económica presenta varios grados, a saber:

a) Zona de Libre Comercio. Permite la libre circulación de mercaderías en un espacio integrado por los territorios de los Estados miembros.

b) Unión aduanera. Se establecen políticas comerciales comunes y se fija el arancel externo común,

c) Mercado Común. Agrega a los anteriores la libre circulación de capitales, mercaderías, personas y servicios.

d) Unión económica. Los Estados delegan facultades legislativas y jurisdiccionales en organismos supranacionales.

F. Organos

La integración económica requiere adecuadas formas jurídicas. Como ellas llegaron al máximo adelanto en las tres comunidades europeas, se las denomina "derecho comunitario".

Muchos internacionalistas no lo contraponen al d.i. en sentido propio. Tal es por ejemplo el caso de Paul Reuter. Este internacionalista francés, al desarrollar el progreso del d.i., señala los casos del derecho comunitario. Por otra parte sería difícil poner en pie de igualdad la subjetividad internacional por ejemplo de FAO o de UNESCO con la de la Comunidad Económica Europea, la cual incluso goza del derecho de legación pasivo (ante ella está acreditado un embajador argentino). Por lo tanto en la Sección V distinguimos la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales y de las comunitarias.³

Las tres comunidades europeas fueron fundadas por seis Estados: Francia, Italia, Alemania Federal, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. El ingreso del Reino Unido, negociado en 1961-63, chocaba con la oposición del general De Gaulle; recién el 22-1-1972 fue aceptado el Reino Unido y, simultáneamente, Irlanda, Noruega y Dinamarca.

Para entender las particularidades del derecho comunitario, es

³ Admitió la distinción también la Asociación Argentina de d.i., creando una sección de Derecho de la Integración, distinta de la sección de d.i. público.

preciso empezar por sus órganos para lo cual hay que tener en cuenta el modelo institucional adoptado.

a) *El Modelo Institucional Europeo*: Europa inició su proceso integrador, con la firma de los Tratados que crearon las tres Comunidades: la CECA, la CEE y el EURATOM, en 1957. La "Europa de los Seis",⁴ tuvo por objetivo constituir una Unión Aduanera y establecer un Mercado Común, garantizando para sus miembros la libre circulación de: a) personas, b) bienes, c) capitales, d) servicios, con el establecimiento de órganos comunes de carácter comunitario, dotados de capacidad para dictar normas de aplicación directa en los Estados miembros. Esos órganos obedecen a un proyecto político, que es el verdadero soporte del proyecto económico común. En los años noventa los europeos lograron constituir una Unión, objetivo que venían buscando desde el Acta Unica de 1986,⁵ lo que alcanzaron con el acuerdo de Maastricht.⁶ Pero ante las críticas recibidas fue necesario convocar a las Conferencias de Barcelona y de Amsterdam. El modelo institucional europeo se estructura de la siguiente manera:

1.- El Consejo forma parte de la estructura, pero no tiene una integración comunitaria sino intergubernamental. Reúne a los Estados miembros a nivel de Ministros o Jefes de Gobierno. Representa los intereses de los Estados partes. Tiene una Secretaría General y designa un presidente que ejerce sus funciones durante un período de 6 meses por rotación de los Estados Miembros. Sus sesiones se realizan por iniciativa de uno de sus miembros, de su presidente o de la Comisión.

Para la adopción de sus decisiones tiene tres modalidades de voto: 1) por mayoría simple, se utiliza en caso de invitados; 2) por unanimidad, en la mayoría de los casos, cuando afecta aspectos constitucionales de los Estados, armonización de las políticas nacionales o para determinadas políticas comunes; 3) por mayoría calificada. En los Tratados de Roma se pondera en función de un criterio general demográfico, político y económico (Alemania, Francia, Italia y el Reino

⁴ La Europa de los Seis, estaba integrada por Alemania Federal, Francia, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos.

⁵ El Acta Unica Europea, firmada en Luxemburgo el 17/2/1986 complementa y actualiza al Tratado de Roma del 57 proponiendo el establecimiento de un gran mercado interior, sin fronteras físicas, técnicas, ni fiscales para facilitar sin trabas la libre circulación de personas, bienes, capitales y servicios.

⁶ El Tratado de Maastricht se firma en esa ciudad holandesa el 7/2/1992. Persigue la integración total de los miembros del tratado, hasta alcanzar la unidad monetaria y económica, y una política exterior común, como objetivos previos a la constitución de un sólo Estado.

Unido: 10 votos; España: 8 votos; Bélgica, Grecia, Países Bajos, Portugal: 5 votos; Austria, Suecia: 4 votos; Dinamarca, Irlanda, Finlandia: 3 votos; Luxemburgo: 2 votos). En la CECA la ponderación tiene en cuenta la importancia respectiva de los miembros en materia de producción carbón-acero (art. 28). Acumula atribuciones propias del Poder Legislativo y del Poder Gubernamental y tiene iniciativa en materia de Relaciones Exteriores ya que autoriza la apertura de negociaciones y da a la Comisión mandato para negociar y celebrar acuerdos. Tiene atribuciones fundamentales en materia presupuestaria.

Se ocupa de las cuestiones de política comunitaria. Su sede está en Bruselas. El Consejo se reúne con ministros de distintas áreas de los Estados miembros en formaciones diferentes. Los ministros de Agricultura tratan los asuntos agrícolas, los de Trabajo y Asuntos Sociales se encargan de los problemas del empleo, etc. Sin embargo, aclaramos que el Consejo es único y que las distintas formaciones responden a la especificidad de las materias tratadas. En sus tareas el Consejo es asistido por el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) conformado por delegaciones nacionales con un representante permanente que posee rango de embajador.

El COREPER prepara las actividades del Consejo y lleva a cabo las tareas que éste le confió, en particular la de crear comités o grupos de trabajo encargados de realizar determinadas labores de preparación o estudio.

2.- El Parlamento Europeo (PE),⁷ está integrado por 626 diputados, elegidos por elección directa de los ciudadanos de los Estados Miembros,⁸ representa el interés de los pueblos de los Estados. Para lograr

⁷ El Parlamento tiene primordialmente un papel impulsor que le lleva a tomar numerosas iniciativas para desarrollar las políticas comunitarias. Es también un órgano de control, puesto que ratifica el nombramiento de la Comisión Europea, a la que puede hacer dimitir por una mayoría de dos tercios; se pronuncia sobre su programa y controla a diario la gestión de las políticas europeas por medio de preguntas escritas y orales dirigidas a la Comisión y al Consejo de Ministros.

El Tratado de la Unión Europea prevé que el Parlamento nombre un Defensor del Pueblo independiente encargado de tratar las reclamaciones sobre el funcionamiento administrativo de las instituciones de la Unión.

Asimismo, el Parlamento comparte el poder presupuestario con el Consejo de Ministros, encargándose de votar el presupuesto anual de aproximadamente 80.000 millones de ecus en 1995 y de controlar su ejecución.

⁸ Al principio no funcionó el Parlamento como lo conocemos hoy en día, sino la Asamblea de las Comunidades. Se lo denominó Parlamento a partir de 1962, y recién se pudo concretar la elección directa de sus miembros en 1979, después de sortear una serie de inconvenientes técnicos y jurídicos.

la elección directa se obtuvo antes la consagración de los partidos políticos a escala europea y se alcanzó aunque sea en forma relativa, el objetivo de uniformidad de los procedimientos electorales. Con sede en Estrasburgo, sesiona también en Luxemburgo y Bruselas. Según la mayoría de los comentaristas de la UE, el Parlamento es la única institución que ha acrecentado sus atribuciones. Las principales son:

El ejercicio del *control político*, lo que implica que toma conocimiento de todos los asuntos que considera se relacionan con la actividad o con las misiones de las Comunidades, o de la cooperación política. También está facultado para formular preguntas a la Comisión, requerirle información en forma oral o escrita, e inclusive puede aplicarle una moción de censura, obligar a la Comisión a dimitir.

El ejercicio del *poder presupuestario*. El Parlamento incrementó sus facultades desde un mero poder consultivo, al derecho a proponer modificaciones sobre los gastos obligatorios de la Comunidad, y al derecho de enmienda sobre los gastos no obligatorios sobre los que tiene la última palabra, sobre una parte reducida del presupuesto, destinada a sectores dinámicos de la actividad comunitaria.⁹ Además, el Parlamento tiene la facultad de rechazar el proyecto de presupuesto en su conjunto y pedir que el Consejo le someta un nuevo proyecto. Para Guy Isaac,¹⁰ este recurso puede perturbar gravemente el funcionamiento de la Comunidad, y no es concebible sino para manifestar un desacuerdo político importante con el Consejo. Véase sino la experiencia que tuvo el primer Parlamento elegido al rechazar el 15/12/79 el presupuesto del ejercicio de 1980. Finalmente tiene el poder de aprobar la gestión de la Comisión para la ejecución del presupuesto.

El ejercicio del *Poder Legislativo*. El PE acrecentó sus facultades pasando de no tener ninguna a una participación activa, mediante cinco procedimientos distintos según el tipo de acto de que se trate:

Procedimiento de consulta obligatoria. Impide al Consejo decidir sin que el Parlamento haya dictaminado previamente sobre una propuesta de la Comisión, en los casos que así lo establecen los tratados. El Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse sobre la eficacia de la consulta, sosteniendo que el Consejo no sólo tiene la obligación de

⁹ Se trata de créditos del Fondo social, del fondo regional de la política energética, industrial, etc)

¹⁰ Guy Isaac, Presidente honorario de la Universidad de Ciencias Sociales de Toulouse y Rector de la Academia de Clermont-Ferrand.

solicitar el dictamen sino de esperar que sea emitido. Luego, el Consejo debe efectuar una nueva consulta "cada vez que el texto final de la propuesta de la Comisión se aparta en la propia sustancia del texto sobre el que el Parlamento ya ha sido consultado, salvo que las modificaciones correspondan esencialmente, al deseo expresado por el Parlamento mismo".¹¹

Procedimiento de concertación: Este sistema se acordó en la "Declaración Común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión", del 4/3/1975. Crea una comisión de concertación entre una delegación del Parlamento y el Consejo, con participación de la Comisión, que busca un acuerdo entre los dos primeros en un plazo de 3 meses para el tratamiento de determinados temas. No ha dado los resultados esperados, quizá porque sólo se aplica a los actos comunitarios de alcance general que tienen implicancias financieras notables y cuya adopción no está impuesta por actos preexistentes. Afecta sólo a las decisiones sobre los recursos propios, el reglamento financiero y los instrumentos de préstamo.

Procedimiento de cooperación: Es el más importante de los procedimientos legislativos, porque se aplica a los ámbitos más interesantes de la actividad comunitaria.¹² Se implementa mediante un sistema de doble lectura.¹³

Procedimiento de codecisión: Permite adoptar decisiones por actos conjuntos firmados por el Presidente del Consejo y el Presidente del Parlamento, que se aplica a 15 ámbitos importantes.¹⁴ Funciona en for-

¹¹ Parlamento vs Consejo, as. C-65/90, Rec.I-4.593, del 16/7/92.

¹² Se aplica a transportes, política económica, monetaria, social, formación profesional, no discriminación, cohesión económica y social. También se ocupa de la investigación y ejecución de los programas, medio ambiente, cooperación para el desarrollo, etc.

¹³ La doble lectura consiste en que cuando surge una posición común adoptada por el Consejo a propuesta de la Comisión aún cuando haya habido un dictamen previo del Parlamento se somete a éste a una segunda lectura dando lugar a dos situaciones: que el Parlamento rechace por mayoría absoluta de sus miembros la posición común, en cuyo caso el Consejo sólo puede aprobarla por unanimidad, o que el Parlamento enmiende esa posición común, en cuyo caso si la Comisión hace suya la enmienda el Consejo puede aprobarla por mayoría cualificada, o si la Comisión no la acepta, la enmienda puede ser aprobada por el Consejo pero por unanimidad.

¹⁴ Algunos de los temas que se manejan por codecisión son: libre circulación de trabajadores, derecho de establecimiento, servicios, mercado interior, educación, cultura, salud, consumidores, redes transeuropeas, investigación, programa marco plurianual, medio ambiente, programa de acción de carácter general, etc.

ma semejante al procedimiento de cooperación, mediante el establecimiento de un Comité de Conciliación, compuesto por miembros del Consejo y un número igual de miembros del Parlamento, que procuran lograr un texto conjunto.¹⁵ Este procedimiento viene funcionando bien pese a su complejidad, habiéndose adoptado decisiones en tiempo razonable.

Procedimiento del dictamen conforme: Es más complejo que lo que su nombre indica, ya que constituye un procedimiento de codecisión íntegro, en el que el Consejo no puede decidir sin el acuerdo explícito del Parlamento. Tiene un ámbito de aplicación limitado y dos modalidades diferentes. Dictamen conforme por mayoría de los votantes, o excepcionalmente por mayoría de sus miembros.¹⁶

Finalmente el Parlamento también tiene injerencia en algunas cuestiones de relaciones exteriores, ya que tiene una especie de derecho de veto para los acuerdos de asociación, por vía del dictamen conforme por mayoría absoluta de sus miembros, lo que es sumamente difícil de cumplir. Si bien por vía de excepción, algunos acuerdos se someten antes de su conclusión al dictamen conforme del Parlamento por mayoría absoluta de votos emitidos. Este es el caso de los acuerdos que crean un marco institucional específico al organizar procedimientos de cooperación, los acuerdos que tengan implicaciones presupuestarias importantes para la Comunidad y los acuerdos que impliquen una modificación de un acto aprobado con arreglo al procedimiento de codecisión.¹⁷ Pero los demás acuerdos están sujetos a un dictamen previo del Parlamento.

3. *La Comisión*, dotada de poderes de iniciativa normativa y ejecutiva, es el motor de la Comunidad, y representa el interés común. Está compuesta de 20 miembros representantes de los Estados Partes. Tiene su sede en Bruselas. Los miembros de la Comisión actúan con total independencia de los gobiernos, únicamente en interés de la Unión Europea es, pues, un órgano de rango supranacional.

¹⁵ Si el Comité fracasa el acto no se podrá adoptar, salvo que el Consejo por mayoría cualificada, decida en tercera lectura retomar su posición común, excepto que el Parlamento por mayoría absoluta lo rechace. En esto consiste el papel de colegislador, ya que por la negativa, el Parlamento puede impedir la aprobación de cualquier acto que desapruébe.

¹⁶ El dictamen conforme por mayoría de votantes, se aplica por ejemplo a las cuestiones de ciudadanía, al Sistema Europeo de Bancos Centrales, a los Fondos de Cohesión, etc. El dictamen conforme por mayoría de los miembros del Parlamento se aplica al procedimiento electoral uniforme.

¹⁷ Guy Isaac, op.cit. p. 91.

Se le asigna la función de ser la "guardiana" de los tratados, para lo que posee poder de información y prevención sobre situaciones de hecho, medidas y proyectos sobre los Estados y los particulares, y tiene el poder de perseguir las infracciones, con facultad de aplicar sanciones o de interponer recurso ante el Tribunal de Justicia para hacer comprobar los incumplimientos que acusa. Además, maneja la válvula de escape en que consisten las cláusulas de salvaguardia, o medidas de no aplicación de los tratados. Como motor de la integración es el órgano de iniciativa normativa, pero es también el órgano de ejecución de los tratados y de los actos del Consejo. Toma medidas de ejecución de alcance general, y adopta reglamentos para las actividades que propone el Consejo. Además adopta decisiones de ejecución de carácter particular por ejemplo en lo que hace a la gestión administrativa y en la implementación de políticas comunes, adoptadas por el Consejo (agrícola, de transporte, etc.) y se ocupa de las decisiones que hacen a la gestión financiera como por ejemplo, ejecuta el presupuesto y los fondos comunitarios como el Fondo Social Europeo y otros. En materia externa negocia acuerdos por indicación del Consejo.

Tiene una Secretaría General y designa un presidente con facultades de orden administrativo y de protocolo. Reparte tareas entre sus miembros, lo que es una característica propia del funcionamiento de este órgano. Los asuntos complejos son preparados por reuniones ad hoc de los miembros más interesados y los menos controvertidos se analizan utilizando el procedimiento escrito.

4.- *El Tribunal de Justicia*, está integrado por 15 jueces, asistidos por nueve abogados generales, interpreta y aplica el derecho comunitario. Tiene su sede en Luxemburgo. En 1989 se le sumó el Tribunal de Primera Instancia, formado también por quince jueces. Los miembros de esta institución cuya sede se halla en Luxemburgo, son independientes y sus cargos duran seis años.

La función del Tribunal es garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados europeos. Dicha tarea la realiza en cada una de sus intervenciones ocasionadas por la presentación de los recursos de anulación de actos normativos, de incumplimiento de normas europeas ocasionado por los Estados o por particulares y de reparación de daños y perjuicios. Asimismo, existe la posibilidad de ir en consulta al Tribunal mediante una petición "prejudicial" de las jurisdicciones nacionales, sobre la interpretación y validez de las disposiciones del derecho comunitario.

Al respecto, el Tribunal ha manifestado que el juez nacional es el

juez de derecho comunitario, puesto que al juzgar aplica este derecho que reúne características especiales, y en caso de duda debe consultar al Tribunal para evitar una sentencia contraria al mismo.

Las características tan particulares del derecho comunitario quedaron fijadas en dos fallos "leading-cases" del Tribunal, cuando se definió la supremacía del derecho comunitario sobre los derechos nacionales (*Costa c/ENEL*: Recueil, 1964, p. 1141) y la aplicación directa del derecho comunitario sin necesidad de intervención de los parlamentos nacionales ni de ninguna autoridad nacional (*Van Gend en Loos c/ Administración Fiscal Neerlandesa*: Recueil. 1963, p. 1).

5.- *El Tribunal de Cuentas* controla las finanzas y tiene su sede en Luxemburgo. Esta institución está compuesta por quince miembros nombrados por un período de seis años por decisión unánime del Consejo de la Unión, previa consulta al Parlamento Europeo.

6.- *El Consejo Europeo*: Es importante señalar el rol del Consejo Europeo que, sin ser una institución, ha promovido los cambios estructurales de la Unión, como por ejemplo la idea de unión monetaria y política puesto que fue él quien convocó a las conferencias intergubernamentales que llevaron a cabo la redacción del Tratado de la Unión Europea.

El Consejo Europeo, creado en 1974, reúne al menos dos veces al año a los jefes de Estado o de Gobierno y al presidente de la Comisión Europea, asistidos por los ministros de Relaciones Exteriores y por un miembro de la Comisión.

Tiene su sede en Luxemburgo y controla la legalidad, la regularidad y la correcta gestión financiera de los ingresos y los gastos de la Unión. Debe diferenciárselo del Consejo que constituye un órgano comunitario.

El Consejo, la Comisión, el Parlamento y el Tribunal constituyen la estructura de base del sistema institucional de las Comunidades, y conjuntamente con el Tribunal de Cuentas conforman los 5 órganos que se denominan "instituciones" en la terminología de los Tratados de Roma.¹⁸

Otros órganos que también integran la estructura, pero con carác-

¹⁸ Como se crearon las mismas instituciones para las tres Comunidades, conjuntamente se firmó un convenio sobre determinadas instituciones comunes que logró el establecimiento de un Parlamento y de un Tribunal de Justicia común. La Comisión Unica y el Consejo Unico se lograron con la vigencia del Tratado de Bruselas a partir del 1/8/1967

ter consultivo son: el Comité Económico Social, el Comité Consultivo de la CECA, y el Comité de las Regiones. También hay órganos especializados como el Comité Consultivo de Transporte; el Comité Monetario; el Comité del Fondo Social Europeo y el Comité Científico y Técnico. También se han creado comités de gestión y reglamentación. Además, se aceptan la creación de órganos personalizados.

El Tribunal de Justicia convalidó esta práctica de creación de órganos complementarios al afirmar que "las instituciones de la comunidad tienen competencia para establecer respetando los tratados, una estructura orgánica apropiada, como un establecimiento público internacional".¹⁹

El Banco Europeo de Inversiones facilita la búsqueda de financiamiento para inversiones que contribuyen al desarrollo de la Comunidad, y le permite a la misma realizar una política de inversiones en países de África y Asia, y especialmente en Europa Oriental.

b) *El modelo institucional en otros bloques regionales:* Ninguno de los otros bloques regionales alcanzó el grado de institucionalización que logró el europeo. Más aún, la mayoría de ellos son procesos de cooperación, que en algunos casos aspiran al establecimiento de una Zona de Libre Comercio.

Veamos: El NAFTA, tiene como antecedentes la política de liberación comercial llevada a cabo entre EE.UU. y Canadá, y los esfuerzos norteamericanos por encausar la fuerte vinculación comercial con México, principal cliente latinoamericano del país del norte. Sólo aspira a concretar una ZLC pero en un área privilegiada por formar parte de la misma la primera potencia mundial, con Canadá y México.

En Asia, la ASEAN es la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, creada por la Declaración de Bangkok, el 8/8/1967, está integrada por Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur, Tailandia, Brunei y Vietnam. Se trata de una ZLC con más de 420 millones de habitantes.²⁰

En la Cuenca del Pacífico, la Asia-Pacific Economic Cooperation

¹⁹ CJCE, 26.4.1977, *Fondos de inmovilización de la navegación interior*, dictamen 1/76, Rec. 754.

²⁰ Sus miembros se caracterizan por su heterogeneidad en lo que se refiere a extensión territorial, población y grado de desarrollo económico. No aspiran a desarrollar un modelo integracionista y sólo se refieren a la cooperación, pero no sólo la económica, sino también en cuestiones técnicas, sociales, culturales, científicas y hasta administrativas.

Forum (APEC), es un foro intergubernamental que reúne a 19 países de la Cuenca del Pacífico,²¹ y carece aún de un esquema institucional. Sus miembros pertenecen a diferentes regímenes constitucionales y gubernamentales, diferentes razas, religiones y tradiciones, pero tienen un interés común: no quedar excluidos del circuito del comercio internacional, y aprovechar sus ventajas comparativas frente a los demás productores del mundo. Para ello aplicaron la fórmula clásica de: a) Liberación comercial bajo el tradicional esquema de reducciones arancelarias a la actividad comercial;²² b) Facilitación de los mecanismos de comercio e inversiones a través de la armonización de normas y reglamentos y c) Cooperación general por medio de rondas de diálogo y/o consultas sobre la problemática política y económica, también incluye la recopilación y difusión de datos, etcétera. Para Fred Bergsten la APEC no constituye ni una Unión Aduanera, como la Unión Europea, ni una Zona de Libre Comercio, como el NAFTA, sino un nuevo modelo de cooperación económica regional. Es un foro coordinador dedicado al "regionalismo abierto" para apoyar y lograr acuerdos, para que los países abran sus acuerdos internacionales a otros países, persiguiendo siempre la liberalización comercial.²³

En América latina, se vienen ensayando procesos de cooperación regional desde el siglo pasado en las distintas etapas del sistema interamericano. Recién con el modelo de crecimiento y desarrollo impulsado por la CEPAL a comienzos de los años sesenta se logró el establecimiento de la ALALC, cuyo estancamiento hizo necesaria la reelaboración del modelo a partir del nuevo Tratado de Montevideo de 1980 que creó la ALADI,²⁴ más concreta y con menos aspiraciones totalizadoras que la ALALC.

En ese contexto, y como Acuerdo de Complementación Económica (ACE Nro. 18) se creó once años después el Mercado Común del Sur (Mercosur) entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, por el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991. Con el fin de desarrollarse conforme a las pautas del GATT, los socios registraron el Mercosur primero ante la ALADI, y luego ante el GATT invocando la facultad

²¹ Entre los países latinoamericanos miembros de la APEC figuran Chile, México y Colombia.

²² A este respecto se han tomado las primeras decisiones en la Cumbre de Bogotá.

²³ Bergsten, C.Fred, "APEC and World Trade", en *Foreign Affairs*, New York, mayo-junio 1994, ps. 20-26.

²⁴ Moya Domínguez, María Teresa: "La Argentina ante el proceso de integración latinoamericana". *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. I, 1983.

conferida por la "cláusula de habilitación", por ser un nuevo avance en el desarrollo progresivo de la integración en América latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980. A la vinculación con la ALADI hacen referencia los arts. 18 y 20 del Tratado de Asunción, al comprometerse a preservar los compromisos asumidos en el ámbito de aquella organización y dejando abierto el acuerdo, mediante negociación, a los demás miembros de la ALADI.

c) *La estructura institucional del Mercosur*: En el Tratado de Asunción se previó un *periodo de transición* de cuatro años que venció en diciembre de 1994. En ese breve lapso de 4 años se cumplieron parcialmente los objetivos básicos de su propuesta, estableciendo una ZLC y una Unión Aduanera imperfecta. Vencido el periodo de transición, se decidió dotar al proceso integrador de herramientas institucionales adecuadas al propósito perseguido. En este caso se quiso superar la meta de la ZLC por lo que resultaba necesario adaptar las instituciones a los nuevos requerimientos de la Unión Aduanera y del establecimiento del Mercado Común.²⁵ Este criterio prevaleció en la Reunión de Ouro Preto (dic/94). El Protocolo firmado en esa ciudad institucionalizó la estructura de funcionamiento del Mercosur, dotando de órganos permanentes de carácter interestatal al proceso de integración regional.

Los órganos del Mercosur son:

1. El Consejo Mercado Común (CMC), es el órgano superior del Mercosur que tiene a su cargo la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción. Está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía. La presidencia se ejerce por rotación alfabética de los Estados Partes,

²⁵ Adviértase lo que señala Ruiz Díaz Labrano, profesor de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción: "Es obvio que la necesidad de adaptar permanentemente sus instituciones a la evolución de la corriente integracionista global o globalizadora, obliga a adaptar o modificar instituciones para acompañar la evolución de las nuevas formas de relaciones internacionales, por lo que determinar la "naturaleza Jurídica", se convierte en una tarea circunstancial y requiere estar atento, casi expectante, a los hechos y normas que van surgiendo". Ruiz Díaz Labrano, Roberto en "Naturaleza Jurídica del Mercosur", en "Mercosur, balance y perspectivas", IV Encuentro Internacional de Derecho para América del Sur: El Desarrollo de la integración hacia el siglo XXI, Fundación de Cultura Universitaria, Buenos Aires, 1996, p.13.

cada seis meses. Se reúne todas las veces que lo considere oportuno, y al menos una vez por semestre con la participación de los Jefes de Estado. Los Cancilleres coordinan las reuniones a las que pueden invitar a otros ministros. Otras de sus funciones son las de velar por el cumplimiento del Tratado, ejercen la titularidad de la personalidad jurídica del Mercosur, por lo que puede negociar y firmar acuerdos en su nombre y puede crear nuevos órganos, modificarlos o suprimirlos. *Se pronuncia mediante decisiones las que serán obligatorias para los Estados Partes.*

2. El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercosur. Está integrado por 4 miembros titulares y 4 alternos por país de los respectivos Ministerios de Relaciones Exteriores, de Economía y de los Bancos Centrales. Es coordinado por los representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, y pueden convocar a los representantes de otros órganos de la Administración Pública de los Estados socios. También vela por el cumplimiento de los acuerdos celebrados, en el marco de sus competencias. Propone proyectos de decisión al CMC, toma las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el CMC. Fija programas de trabajo para avanzar en el establecimiento del mercado común. Crea, modifica o suprime órganos como subgrupos de trabajo y reuniones especializadas, se manifiesta sobre propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del Mercosur. Negocia por delegación expresa del CMC y dentro de los límites establecidos en mandatos específicos concedidos con esa finalidad acuerdos en nombre del Mercosur. Aprueba el presupuesto y la rendición de cuentas anual que prepara la Secretaría Administrativa, y supervisa sus actividades. *Se pronuncia mediante resoluciones que serán obligatorias para los Estados Partes.* Para su funcionamiento se ha dictado un Reglamento que ha sido aprobado por el Consejo.

3. La Comisión de Comercio (CCM) es el órgano encargado de asistir al GMC. Le compete velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la Unión Aduanera, así como el seguimiento, la revisión de los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países. Toma las decisiones vinculadas a la administración y a la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común. Está integrada por 4 miembros titulares y 4 alternos por Estado parte, y será coordinada por los ministerios de Relaciones Exteriores. También se ocupa de considerar y pronunciarse sobre las solicitudes

presentadas por los Estados partes con respecto a la aplicación y al cumplimiento del arancel externo común y los demás instrumentos de política comercial común. Propone al GMC nuevas normas o modificaciones de las normas existentes en materia comercial y aduanera, así como la revisión de la alícuota arancelaria, establece los comités técnicos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. *Se pronuncia mediante directivas o propuestas. Las directivas son obligatorias para los Estados Partes.*

4. La Comisión Parlamentaria Conjunta, es el órgano representativo de los Parlamentos de los socios. Está integrada por igual número de parlamentarios representantes de los Estados miembros. Sus miembros son designados por los respectivos Congresos Nacionales, de acuerdo a sus procedimientos internos. Son 64 miembros, 32 titulares y 32 alternos, 8 titulares y 8 suplentes por cada país. Los miembros provienen de ambas Cámaras de los respectivos Congresos. Sus funciones, según los arts. 25, 26 y 27 del Protocolo de Ouro Preto son las de:

- a) Procurar acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, previstos en el art. 2 del Protocolo.
- b) Coadyuvar en la armonización de legislaciones, tal como lo requiera el avance del proceso de integración.
- c) Examinar temas prioritarios a pedido del Consejo.
- d) Remitir recomendaciones al Consejo, por intermedio del GMC.
- e) Adoptar su propio Reglamento Interno.

5. El Foro Consultivo Económico-Social, es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales y está integrado por igual número de representantes de cada Estado Parte. Tiene función consultiva y se manifiesta mediante recomendaciones al GMC. Somete su Reglamento a la aprobación del GMC.

6. La Secretaría Administrativa del Mercosur, tiene la función de brindar apoyo administrativo a los demás órganos. Tiene su sede permanente en Montevideo.

Un órgano particular: la Comisión Parlamentaria Conjunta: A la cumbre de Asunción, los negociadores de los 4 países asistieron acompañados por los presidentes y miembros componentes de las Comisiones de Relaciones Exteriores de senadores y diputados de sus respectivos Congresos. Por tal razón, y ante la presión de los parlamentarios

asistentes que advertían que no tenían participación alguna en el proceso que se iniciaba, se resolvió la inclusión de una norma por la que se creó una Comisión que sirviese a los fines de la comunicación entre los Poderes Ejecutivos y sus Parlamentos. Dice el artículo 24 del Tratado de Asunción: "Con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común se establecerá una Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur. Los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes mantendrán informados a los respectivos Poderes Legislativos sobre la evolución del Mercado Común objeto del presente Tratado". La parquedad del texto del art. 24 denota el déficit democrático con que se concibió el Mercosur.²⁶

En cumplimiento de ese Tratado, el Congreso de la Nación Argentina resolvió incorporar, como una comisión de conformación bicameral a la Sección Argentina de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, la que funciona plenamente desde diciembre de 1991, integrada por 8 senadores y 8 diputados.

Esta Sección Nacional conforma con las secciones nacionales de Brasil, Paraguay y Uruguay la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) en pleno, y está integrada por un total de 64 miembros, conforme lo establece el Reglamento interno de la CPC, aprobado en la sesión plenaria de Montevideo el 6/12/1991.²⁷

Funciones y atribuciones de la Comisión Parlamentaria Conjunta: La CPC representa a los Congresos Nacionales, y no constituye uno de los órganos decisorios del proceso de integración. Es decir, que en la institucionalización del Mercosur también faltó la creación del Parlamento de la región. No hubo decisión política para dar ese paso, ni la hubo para iniciar la etapa supranacional que impone la creación de órganos comunes y no de integración interestatal como son los órganos actuales.

Algunos autores señalan como antecedentes de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur al Parlamento Latinoamericano, comúnmente llamado "Parlatino", creado en 1964 para acompañar el

²⁶ Moya Domínguez, María Teresa, "El rol de la CPC en el proceso de integración del Mercosur", presentada al seminario organizado por el CEFIR-CPC, celebrado en Buenos Aires en junio de 1998.

²⁷ La aprobación del Reglamento de la CPC requirió dos sesiones de extensa labor realizadas en Buenos Aires, en julio de 1991 y en Montevideo, en diciembre del mismo año donde se aprobó.

proceso iniciado con la ALALC en 1960, que recién se institucionalizó en 1987 con la ALADI. Se limita a servir de foro de debate para cuestiones políticas conexas a la integración. Corresponde aclarar que se trata de instituciones claramente diferentes ya que el Parlatino no forma parte de la estructura de un proceso de integración concreto, como ocurre con la CPC. Por otra parte, la CPC puede elevar recomendaciones e iniciativas al Consejo del Mercado Común por intermedio del Grupo Mercado Común, que puede efectuarle consultas. En cambio, son auténticos antecedentes de la CPC el Parlamento Andino, incluido como órgano del Acuerdo de Cartagena, el Parlamento Centroamericano, y el propio Parlamento Europeo.²⁸

En este caso como en el del Tribunal, se invocaron razones de índole práctica: “los debates Parlamentarios sólo demoran la implementación de las decisiones de los Poderes Ejecutivos”; “los representantes vinculados a sectores afectados por la integración politizarán y entorpecerán el proceso”. Estos son algunos de los argumentos que se esgrimen. Pero también se esbozan justificaciones jurídicas ante la imposibilidad constitucional de crear órganos supranacionales, o advirtiendo sobre las dificultades legales de establecer un sistema adecuado de representación.

Mientras tanto, en el capítulo IV del Protocolo de Ouro Preto se regula la actuación de la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) a la que define como el órgano representativo de los parlamentos de los Estados Partes en el ámbito del Mercosur (art. 22).

Si se comparan estas disposiciones con el art. 24 del Tratado de Asunción se advierte un gran progreso en roles y funciones de la Comisión. De mero vínculo de información a la tarea concreta de acelerar la incorporación en los respectivos derechos internos de la normativa Mercosur, y a la misión de proceder a la armonización legislativa de los 4 países en las cuestiones atinentes a la integración.

En el plano interno para cumplir la función asignada, el Congreso de la Nación resolvió crear para cada una de sus Cámaras una Comisión Permanente del Mercosur con facultades para dictaminar y asesorar en los expedientes que le fueran girados en razón de la materia a tratar.²⁹ Estas comisiones están integradas por los miembros, senadores o

²⁸ Aranda, Sanguinetti y Moya Dominguez: “Informe de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur”, Tomo I y II, editado por el Honorable Congreso de la Nación, 1994.

²⁹ La Comisión del Mercosur de la Cámara de Diputados es presidida por el Dip. Nac. Jorge Remes Lenicov.

diputados, de la CPC que de esa forma abordan las cuestiones de carácter nacional y regional relacionadas con el Mercosur. Es una manera de responder a la especificidad del tema de la integración, que va más allá de los contenidos de las relaciones exteriores, o de los enfoques con que se trata la problemática nacional en cada una de las áreas para las que se han constituido comisiones de asesoramiento específicas (economía, industria, comercio, legislación general, asuntos constitucionales, etc.).

Las tareas de las comisiones permanentes son específicas pero no excluyentes, ya que un mismo expediente en cada Cámara puede pasar por más de una comisión. Por ejemplo si se trata de la aprobación de decisiones y recomendaciones adoptadas por la CPC en Asunción (junio de 1997), al ingresar se lo destina a la Comisión Mercosur como cabecera con giro posterior a la Comisión de Relaciones Exteriores.

No bien se creó en Asunción la CPC, comenzó a debatir su Reglamento Interno sobre la base de una iniciativa de la Sección Nacional Argentina, hasta que logró su aprobación en la reunión de Montevideo de diciembre de 1991. Dicho reglamento fue modificado después de Ouro Preto adecuándose a las disposiciones del Protocolo y de conformidad a las facultades otorgadas en el art. 27, quedando aprobada la nueva redacción en la Reunión de Asunción de junio de 1995.

Las funciones y atribuciones de la CPC están enumeradas en el art. 3ro de su Reglamento, y son:

- a) Acompañar la marcha del proceso de integración regional expresado en la formación del Mercosur e informar a los Congresos Nacionales a ese respecto;
- b) Desarrollar las acciones necesarias para facilitar la futura instalación del Parlamento del Mercosur;
- c) Solicitar a los órganos institucionales del Mercosur, información respecto a la evolución del proceso de integración; especialmente en lo que se refiere a los planes y programas de orden político, económico, social y cultural;
- d) Constituir subcomisiones para el análisis de los temas relacionados con el actual proceso de integración;
- e) Emitir Recomendaciones y Dictámenes respecto a la conducción del proceso de integración y de la formación del Mercado Común, y sobre Decisiones, Resoluciones, Directivas y Propuestas, que deban ser dictadas por los órganos institucionales pertinentes del Mercosur;

f) Elaborar Políticas Legislativas de integración y realizar los estudios necesarios tendientes a la armonización de las legislaciones de los Estados Partes, aprobar los proyectos correspondientes y otras normas de derecho comunitario que serán remitidos a la consideración de los Parlamentos Nacionales;

g) Acelerar los procedimientos internos correspondientes en los Estados Partes para la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos del Mercosur;

h) Concertar relaciones de cooperación con los Parlamentos de terceros países y con otras entidades constituidas en el ámbito de los demás esquemas de integración regional,

i) Establecer relaciones y suscribir acuerdos sobre cooperación y asistencia técnica con organismos públicos y privados, de carácter nacional, regional, supranacional e internacional;

j) Sin perjuicio de la enumeración antecedente, la Comisión podrá establecer otras atribuciones dentro del marco del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto.

La Comisión tiene carácter consultivo, deliberativo y de formulación de propuestas. Sus decisiones se clasifican en Declaraciones, Disposiciones y Recomendaciones. Las primeras fijan la posición política de la Comisión. Por ejemplo, frente a una situación que puso en peligro la estabilidad democrática en un país miembro (Paraguay), se aprobó una declaración en favor de la implantación de la "cláusula democrática" como principio político fundamental para el mantenimiento de las buenas relaciones y la continuidad de la integración en la región. Las disposiciones ordenan la actividad específica de la Comisión y las recomendaciones sirven para elevar sugerencias o propuestas a otros órganos del Mercosur o a los respectivos Congresos Nacionales, o a los Poderes Ejecutivos de los Estados miembros y/o a otros órganos o entidades.

En el ámbito de la CPC se han creado 8 Subcomisiones (art. 4). El número 8 responde a la cantidad mínima de miembros plenos que debe tener cada una: un senador y un diputado por cada país. En el anterior reglamento se habían formado 12 subcomisiones con la misma temática que los subgrupos técnicos dependientes del Grupo Mercado Común antes de Ouro Preto, pero la excesiva especificidad no resultó operativa. Las comisiones actuales son:

1. De Asuntos Comerciales, de Asuntos Aduaneros, Fronterizos y Normas Técnicas;

2. De Coordinación de Políticas Macroeconómicas, de Políticas Fiscales y Monetarias;

3. De Política Energética, de Transporte, Comunicaciones y de Servicio;

4. De Política Industrial, Agrícola y Tecnológica;

5. De Políticas Laborales, de Seguridad Social, de Política Social y Salud, Desarrollo Humano y de Género;

6. De Medio Ambiente y Población;

7. De Relaciones Institucionales, Seguridad, Derecho de la Integración y Asuntos Municipales; y,

8. De Educación y Asuntos Culturales.

La Comisión podrá crear, modificar o disolver subcomisiones. Esa facultad es ejercida por la Mesa Ejecutiva (formada por las autoridades de las 4 secciones nacionales), la que fija las competencias. Para propiciar el trabajo de las subcomisiones se estableció en el art. 7 del Reglamento que: "... La participación de los legisladores de cada Estado Parte en las Subcomisiones tendrá el mismo carácter oficial que la desempeñada en la Comisión Parlamentaria. La Presidencia podrá reglamentar formas de deliberación de las Subcomisiones por medios alternativos que incluyan los telemáticos. No obstante el tiempo transcurrido desde la creación de la CPC las Subcomisiones han trabajado escasamente con excepción de la Subcomisión Nro. 5 de Política Laboral, la Nro. 4 de Política Industrial, y la Nro. 7 de Asuntos Institucionales que son las que más se han reunido. La Nro. 6 sobre Medio Ambiente y Población lo hizo una vez. (Asunción, mayo de 1996). Las demás no se han reunido hasta la fecha.

Las actividades de la CPC tienen lugar en sus reuniones plenarias ordinarias, extraordinarias, de mesa directiva, así como por medio de seminarios y jornadas. El lugar de sesión será determinado por el país que ejerce la presidencia *Protémpore*, por lo que se alterna en los 4 miembros. Las reuniones plenarias ordinarias que se realizan cada 6 meses coinciden en fecha y lugar con las que celebran el CMC y el GMC a fin de facilitar la fluida participación y vinculación con los órganos decisorios del Mercosur.

Además, frente a problemas concretos, también se han celebrado audiencias públicas en las que la CPC en pleno, ha recibido a dirigentes obreros de los países del Mercosur que han manifestado su preocupación por las características que ha ido tomando la flexibilización laboral establecida en sus países. (Fortaleza, 1996 y Asunción 1997). Recibió

a los representantes de las Federaciones Médicas de los Estados miembros, lo que ayudó a crear el subgrupo de Salud en el GMC con un objeto mayor que el previsto originariamente. También se recibió a los representantes de un grupo de Universidades públicas y privadas de los países del Mercosur, que conforman el Grupo ARCAM, con el que se firmó un acuerdo de cooperación en Asunción en junio de 1997. Estas audiencias se han celebrado en el marco de las reuniones ordinarias de la CPC.

Otro tipo de actividades son las que se realizan en el campo de la investigación, del debate, o para promover una idea. Por ejemplo, como corolario del Seminario organizado conjuntamente por la CPC con la OIT en Buenos Aires en el mes de setiembre de 1997, se firmó la Declaración de Buenos Aires presentada por el diputado Alfredo Atanasoff (PJ) y un Programa de Acción para erradicar el trabajo de los niños en el Mercosur.

Por su parte, las Secciones Nacionales de la CPC desarrollan una amplia actividad destinada a la investigación de determinados temas para proponer su armonización legislativa en los países socios, o una legislación común. O bien para pedir que los Poderes Ejecutivos tengan en cuenta la postura de los Legislativos frente a las propuestas o proyectos de Tratados, Protocolos o a la formulación de "normas Mercosur" que pueden contener normas que afecten derechos de los ciudadanos. Todo ello teniendo en claro que los regímenes republicanos de los cuatro países responden a un presidencialismo fuerte, en el que el Poder Ejecutivo tiene el manejo de las relaciones exteriores de cada país.

Lo mismo ocurre en la estructura propia del Mercosur, en donde el Consejo Mercado Común, es el que ejerce la representación de la institución. No obstante, en algunos casos de alto contenido político o económico, las Secciones Nacionales de la CPC han tomado contacto y efectuado consultas con diversos sectores de la sociedad. Por ejemplo, la Sección Argentina realizó encuentros con los representantes nacionales ante los órganos decisorios del Mercosur (funcionarios de Cancillería y del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos). También se reunió con representantes de las Cámaras de los ramos industriales afectados, la UIA y otras entidades, ante la decisión brasileña de imponer medidas que constituyen auténticas barreras para arancelarias que desvirtúan el proceso integrador.

Entre los temas que han sido tratados por la Comisión se destacan:

1. La Institucionalización del Mercosur.
2. La incorporación de las normas Mercosur.

3. La Democracia y los Derechos Humanos.
4. El Código Aduanero Mercosur.
5. El Régimen Automotor.
6. Los tema del transporte terrestre y de la integración física.
7. La cuestión social.
8. El régimen de patentes.
9. Vinculación con otros procesos regionales.³⁰
10. Defensa de la competencia.
11. Defensa del consumidor.
12. Pasaporte único.
13. Sociedades comerciales y otras formas asociativas.
14. Protección del medio ambiente.
15. Compras Gubernamentales.
16. Protocolo de servicios.

³⁰ Además de los temas referidos a las relaciones intrabloque, la CPC también se ha preocupado por la vinculación de la región con otras áreas del mundo para lo cual hay consenso entre los cuatro países en considerar a su asociación, como una alianza estratégica que les permite una mejor inserción en el contexto internacional. Hasta la fecha, los encuentros con otros procesos de integración que viene realizando el Mercosur han sido con la Unión Europea, cuya representación diplomática asistió a la firma del Protocolo de Ouro Preto en diciembre de 1994. A partir de allí se realizaron encuentros que culminaron con la firma del Acuerdo Marco de Madrid en diciembre de 1995. Como anexo a este Acuerdo se firmó la Declaración sobre Diálogo Político que propone la consulta y comunicación con los sectores y las instituciones representativas del accionar político, como es el caso de los Congresos, y particularmente de la Comisión Parlamentaria Conjunta. Corresponde aclarar, que la CPC, *ya había efectuado contactos conducentes a un acercamiento con el Parlamento Europeo durante el año 1994, antes de Ouro Preto.* Al quedar reconocida como órgano permanente del Mercosur, la CPC inició la negociación de un proyecto de cooperación con el Parlamento Europeo, vía la Comisión Europea que culminó con un anteproyecto que fue aceptado por la parte Mercosur, faltando sólo la firma del acuerdo que podrá realizarse en la próxima reunión cumbre de diciembre de 1998, durante la Presidencia Protémpore de Brasil.

Con el ALCA también se han celebrado algunas reuniones, pero corresponde destacar que a partir del encuentro de Belo Horizonte, los socios Mercosur acordaron exigir ser considerados como un bloque o región, y no admitir el tratamiento por separado, o sea país por país, que era la intención de los negociadores norteamericanos. En la reunión de Santiago de Chile se respetó el acuerdo de mantener la misma postura, lo que fortifica la posición del Mercosur como región en el mundo.

Conclusión: Aún cuando aparezca como un órgano imperfecto, la CPC constituye una herramienta útil para legitimar el proceso de integración, convirtiéndose en el vehículo de relación entre los Congresos Nacionales y los órganos del Mercosur. Desde Asunción (1991) y principalmente desde Ouro Preto (1994) ha sido pródiga la labor de la Comisión la que ha mejorado su capacidad de propuesta, lo que se incrementará necesariamente de hacerse realidad la idea de valerse de la tecnología para establecer un Parlamento Virtual.

En la XI Reunión Plenaria de la CPC, realizada en Buenos Aires el 21 y 22 de julio de 1998, se adoptaron una serie de disposiciones y recomendaciones en cuestiones institucionales; económicas y comerciales; sociales y de asuntos varios. Nos interesan las decisiones referidas a los aspectos institucionales como la que instruye a la mesa ejecutiva para implementar el Parlamento Virtual. Además, se solicita a las secciones nacionales, que evalúen el Estado parlamentario actual del Mercosur (incorporación de normas) y se encomienda al Grupo de Apoyo Técnico, realizar un diagnóstico sobre la situación de los problemas de internalización de normas y elevar propuestas para un funcionamiento más eficiente.

Durante la presidencia protémpore de la CPC por la Argentina (senador Eduardo Bauzá), además de las reuniones ordinarias de mesa directiva y del plenario, se realizaron otras actividades. En el mes de junio de 1998 se organizó conjuntamente con el Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR), un seminario, "Perspectivas Institucionales del Mercosur. Organización y Funcionamiento de la Comisión Parlamentaria Conjunta". El evento estaba enmarcado en el Programa de Cooperación Técnica UE-Mercosur y contó con la participación de Eurodiputados y miembros de la Comisión. Asistieron integrando la delegación europea el presidente del Parlamento Europeo y la directora del Departamento del Parlamento Europeo para América del Sur. En el mes de julio, conjuntamente con el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), se celebró un seminario sobre "Incorporación de las Normas del Mercosur a los Ordenamientos Jurídico de los Estados Partes y su entrada en vigencia". Se contó con el patrocinio de la Fundación Konrad Adenauer. Estos seminarios demuestran el interés de la CPC por consultar y hacer participar en el debate de las ideas a las instituciones más representativas de la intelectualidad nacional y extranjera.

138. Fuentes del derecho comunitario

A. Fuentes del derecho comunitario europeo

El auténtico derecho comunitario se da donde existen fuentes secundarias, lo que ocurre sólo en las comunidades europeas. Por lo tanto el único derecho comunitario en sentido estricto existe sólo en Europa.

Las fuentes primarias son los tres tratados leyes, llamados cartas constitutivas de las tres comunidades: para la CECA, el Tratado de París de 1951; para el CEE, el Tratado de Roma de 1957 y, para el EURATOM, el Tratado de Roma de 1957. El tratado de la CECA fue concluido para un plazo de duración de 50 años y los otros dos para un plazo indeterminado. En el año 1957 se firmó un convenio para ciertas instituciones comunes a las tres comunidades.

Las fuentes primarias son propias del d.i., que son simples tratados-leyes. El rasgo exclusivo del derecho comunitario son las llamadas fuentes secundarias que, en aplicación de los convenios y de conformidad con ellos, pueden dictar las autoridades comunitarias a saber: para la CECA, la Alta Autoridad, y para la CEE y el Euratom, la Comisión, junto con el Consejo de Ministros.

Las fuentes secundarias de las tres comunidades europeas en su primera fase hasta el AEC, presentan el siguiente esquema:

1. Fuente directamente operantes: a) de las normas generales: Reglamentos (CECA) o Decisiones (CEE y Euratom); en la CECA los dicta la Alta Autoridad y en la CEE y Euratom, el Consejo de Ministros, sobre la base de una propuesta de la Comisión; los destinatarios son los Estados y los particulares. Son normas detalladas, ejecutivas, aplicables directamente, de pleno derecho; b) decisiones individuales, que se comunican directamente a los destinatarios.

2. Recomendaciones (CECA) o directivas (CEE y Euratom) definen tan sólo las finalidades, dejando a la discreción de los Estados la elección de los medios para cumplir las mismas, a través de su legislación nacional, por lo tanto no son ejecutivas. Los destinatarios son: en la CEE los Estados, en la CECA los Estados y los individuos.

3. Dictámenes (CECA) o recomendaciones y advertencias (CEE y Euratom), tienen carácter de consultas o persuasión. No obligan pero pueden tener ciertos efectos jurídicos (p. ej. rechazo de créditos por bancos).

El derecho comunitario europeo evolucionó en el sentido de la progresiva ampliación de las competencias de las comunidades:

1. Originariamente, estas competencias se limitaban a las relaciones entre los Estados miembros, pero paulatinamente se extienden al comercio con los terceros Estados.

2. Del principio de unanimidad se pasó progresivamente al principio mayoritario.

3. El Consejo de Ministros confiere competencias cada vez mayores al órgano ejecutivo comunitario (Comisión o Alta Autoridad)

4. Los tratados se someten a una revisión autónoma, muy ágil, sin observación de las normas convencionales que rigen la revisión formal. Se realiza por la decisión que los gobiernos toman por medio de sus miembros reunidos en el Consejo de Ministros.

5. La Corte ensancha sus competencias adoptando el principio de efecto útil para la interpretación.

Para comprender el proceso legislativo comunitario es necesario analizar las tres nociones básicas de la organización comunitaria: mercado común, unión monetaria y unión política, para luego estudiar las instituciones creadoras de la norma y, así finalmente, profundizar en el procedimiento de formación normativo propiamente dicho.

B. Procedimiento para la creación de normas comunitarias, a partir del tratado de Maastricht

La legislación europea se elabora siguiendo un proceso triangular: Sobre la base de una propuesta de la Comisión, el Parlamento y el Consejo comparten el Poder Legislativo.

El AUE reforzó el Poder Legislativo del Parlamento, como lo vimos precedentemente, creando un procedimiento de cooperación que establece una "doble lectura" de las propuestas legislativas por parte del Parlamento y del Consejo con la participación activa de la Comisión.

El Tratado de la Unión Europea da un paso más hacia el reconocimiento de un mayor poder legislativo del Parlamento, puesto que se prevé, para una serie de ámbitos importantes, un procedimiento de codecisión que confiere al Parlamento el poder de aprobar, conjuntamente con el Consejo, reglamentos y directivas en pie de igualdad.

Los ámbitos en los que se aplica dicho procedimiento son el

mercado interior, la política social, la cohesión económica y social, la investigación, el medio ambiente y los nuevos campos introducidos por el Tratado de la Unión Europea: redes transeuropeas, protección del consumidor, educación, cultura y sanidad.

La Unión Europea funciona sobre tres pilares: a) las comunidades europeas, cuyo proceso legislativo ha sido precedentemente descrito, b) la política exterior y de seguridad común y c) la justicia y asuntos interiores.

Los dos últimos pilares son de naturaleza intergubernamental y, por ello, el proceso legislativo es diferente.

En estos dos casos el Consejo de Ministros desempeña un papel primordial puesto que adopta posiciones o emite medidas comunes y convenios, cuya adopción recomienda a los Estados miembros pero en ningún caso sus recomendaciones son obligatorias.

Dada la importancia de estos dos pilares y haciendo un examen de los resultados obtenidos en estos años de aplicación del Tratado de Maastricht, Eduard Balladur, ex primer ministro de Francia, sostuvo que los mismos eran muy poco alentadores puesto que justamente la traba a su progreso consistía en que el Consejo no podía tomar decisiones que obligaran directamente a los Estados miembros.³¹

139. Relaciones con el derecho constitucional

El constitucionalista Jorge Vanossi³² dice que hace falta una nueva actitud mental para comprender el proceso de integración, a los efectos de captar el fenómeno jurídico sin perder de vista el económico y el político.

La norma de la cual nace todo el proceso de integración en el Mercado Común Europeo es un tratado muy peculiar, sui generis, al que se lo llama Tratado Cuadro o Tratado Constitución. De él nacen todas las normas que van a dar las reglas jurídicas del juego de la integración económica.

³¹ Droit institutionnel des communautés européennes. Jean Boulouis. 4ta. edición. Paris. 1993. Documentos informativos de la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. Datos actualizados al 20 de abril de 1995.

³² En un cursillo dictado en la Universidad Católica Argentina.

Como es de suponer, un proceso de integración impone a los Estados una adaptación gradual y necesaria. ¿Cuáles son las modificaciones y adaptaciones que deberá sufrir el Estado?

El interrogante principal: ¿para iniciar un proceso de integración con capacidad de crear órganos y normas supranacionales se deben reformar las constituciones nacionales? Del estudio de Derecho Constitucional Comparado, surge que en el Mercosur, Argentina cumplió con este requisito mediante la reforma de 1994. Paraguay también actualizó su Constitución habilitándola para procesos de integración. Falta dar ese paso a Brasil y Uruguay. Como se explicó en la Sección II, nuestro país resolvió a través del art. 75, inc. 22 el tema de la relación jerárquica existente entre el Tratado y las leyes priorizando a los primeros por encima del orden interno legal, pero por debajo de la Constitución Nacional excepto los Convenios de Derechos Humanos de jerarquía constitucional. A su vez, por el inc. 24, se permite la creación de órganos superestatales con facultades delegadas aptos para procesos de integración.

El tema de la relación jerárquica entre las leyes y los tratados también está resuelto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, pero ocurre que en el Mercosur, justamente Brasil, no ha ratificado todavía la Convención de Viena y algunos de sus doctrinarios aún adhieren a doctrinas extremas como las del dualismo.

Por su parte Uruguay no admite el efecto directo de las normas derivadas producto de los órganos del Mercosur, sometiendo todo el plexo normativo regional a la aprobación de su Congreso.

Esta diferencia de criterios explica la dificultad que existe en la incorporación de normas en los derechos internos de los Estados Miembros del Mercosur. Lejos de simplificarse la cuestión se complicó a partir del sistema adoptado para incorporar las normas comunes, y determinar el momento de su vigencia simultánea dispuesta en el Protocolo de Ouro Preto (POP). Como ya se expusiera al referirnos al Mercosur y a su Comisión Parlamentaria Conjunta, es función de la CPC acelerar el proceso de incorporación de las normas Mercosur (art.25 del POP). En la XI Reunión Plenaria de la CPC (Buenos Aires, julio de 1998), Argentina presentó un proyecto de recomendación tendiente a obtener la reglamentación del art. 42 del POP. En el texto de la recomendación se encomienda contemplar como mínimo los siguientes aspectos:

a) Establecimiento de plazos para la internalización de los reglamentos técnicos.

b) Establecimiento de plazos máximos para la internalización de las normas derivadas que requieran aprobación de los Parlamentos Nacionales.

c) Regular el procedimiento para habilitar una Acción de Incumplimiento, para los supuestos en que los Estados signatarios impidan la vigencia simultánea de las normas Mercosur. Tendrán legitimación activa para impulsar la acción referida a las personas públicas y privadas que vean afectadas sus derechos subjetivos o intereses legítimos por ese tipo de incumplimiento.

Además, la Sección Argentina presentó otro proyecto en el que destaca la necesidad que la Comisión Parlamentaria Conjunta se aboque al estudio de aquellos temas que tiendan a instrumentar los mecanismos que permitan optimizar el sistema normativo sobre el que se asienta nuestro proceso de integración. En el plenario el proyecto fue aprobado como Disposición. La misma le impone a la CPC el tratamiento de condiciones para perfeccionar el sistema de internalización de normas Mercosur a los regímenes jurídicos nacionales de los países Miembros, y la instrumentación de acciones que garanticen el cumplimiento de los compromisos jurídicos asumidos con el acuerdo. La decisión se funda en la siguiente idea:

1. El carácter obligatorio de algunas de sus formas derivadas (Decisiones, Resoluciones y Directivas), a diferencia de otros esquemas de integración (Pacto Andino, Unión Europea) no está acompañado por la decisión política ni su expresión jurídica de asegurar el efecto directo de esas normas obligatorias. De esta forma, en función de la diversidad constitucional que rige en los países signatarios del Tratado, las normas del Mercosur carecen de la atribución de generar derechos de aplicación automática dentro de las jurisdicciones nacionales.

2. Por ello, resulta que la competencia atribuida a los órganos comunes en el Tratado de Asunción y en Ouro Preto, respecto de las jurisdicciones nacionales, es simplemente declarativa, en la medida que las normas producidas por ellos no crean situaciones jurídicas en los ordenamientos internos, hasta el momento que cada Estado decide su incorporación.

3. El sistema adoptado para incorporar normas comunes y determinar el momento de su vigencia en forma simultánea en los cuatro países está establecido en el art. 31 inc. 4 y concordantes del Protocolo de Ouro Preto. Se trata de un sistema que reafirma la decisión de los Estados de mantener su autonomía en ese aspecto. De esa manera se

resguarda el principio de autonomía institucional en cada jurisdicción nacional.

A su vez, en el Seminario sobre Incorporación de las Normas del Mercosur a los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes y su entrada en vigencia, celebrado entre la CPC y el CARI, en julio de 1998, se trataron diversos aspectos de esa problemática. Se destacó que el objetivo ideal es la armonización constitucional de los Estados miembros, a fin de permitir: a) la primacía del Derecho de la Integración, b) la aplicación y el efecto directo de las normas Mercosur y c) la inaplicabilidad de la norma nacional en ámbitos de competencia "comunitarios". Pero teniendo en cuenta la realidad política y jurídica actual del Mercosur y de sus miembros, se señaló la necesidad de: a) la democratización —mediante la participación de la CPC— tanto del proceso de toma de decisiones del Mercosur como del control de la inserción de sus normas, sobre la base del principio de legalidad; b) establecer mecanismos que aseguren la reciprocidad en la internalización de las normas Mercosur. Se aconsejó que el GMC a través de la Secretaría (SAM) tome las medidas necesarias para dicha incorporación. También se propuso adoptar disposiciones nacionales convergentes que establezcan la forma y los plazos de incorporación y de comunicación a la SAM; y c) la aplicación del principio "in dubio pro integración", en la interpretación de las normas nacionales, inclusive las constitucionales.

140. Proyecciones internas del derecho comunitario

El derecho comunitario necesita instrumentarse a través de la aplicación de algunos postulados fundamentales. La libre circulación de mercaderías, personas, servicios y capitales, así como la expansión de este movimiento en el campo social, monetario, fiscal y político. Otros de sus principios son la no discriminación por razones de raza o nacionalidad y la protección al arte, la cultura, la salud, la propiedad intelectual.

La Comunidad no absorbe totalmente a sus miembros de tal modo que no se pueda salir de ella o apartarse de sus normas. Los Estados miembros de una comunidad integrada, al ingresar en ella, pueden establecer cláusulas de reserva que le permitan eludir la aplicación de normas comunitarias en caso de necesidad, lo que deberá contar con el consentimiento de la comunidad.

Las soberanías estatales quedan subordinadas y limitadas por la superestatal y se producen una serie de aproximaciones legislativas, económicas y sociales tendientes al logro de:

1. *La libre circulación de mercaderías*, en el orden administrativo-fiscal pues se tiende a la supresión de las aduanas internas de país a país. Se prohíben los aranceles directos o indirectos, así como los de efecto equivalente. Un producto puede entrar por cualquier país-miembro pagando el mismo arancel externo común (único), y circular luego por los demás.

Se impone un arancel externo común para los terceros Estados, para facilitar el proceso circulatorio. También deben abolir las restricciones cambiarias.³³ En el Mercosur con la firma del Tratado de Asunción de 1991 se firmaron cinco anexos sobre: 1. Programa de liberación comercial; 2. Régimen de origen; 3. Normas sobre solución de controversias; 4. Cláusulas de salvaguardia; 5. Creación de diez subgrupos de trabajo. El programa de liberación comercial establecía que a más tardar al 31 de diciembre de 1994. Durante el período de transición deben eliminarse los gravámenes y demás restricciones que existían en el comercio intrazonal entre los países socios. Se aclara que los cinco anexos duraban lo que el período de transición, y se ha cumplido con todos pero en forma imperfecta.

2. *La libre circulación de personas y servicios*. Como expone Héctor Alegría, la circulación de personas y los servicios por ellas prestados son problemas distintos. El derecho de libre establecimiento de las personas sufre las limitaciones establecidas por la mayoría de los Estados, pero no cuando está aparejado a una prestación de servicios. Esta condición responde al enfoque económico del problema de la mano de obra, porque de esta forma la circulación de trabajadores responde a ofertas reales de trabajo. En la práctica, si ante una promesa de trabajo una persona desea tentar suerte en otro país, puede quedarse en él gozando de los mismos derechos que los nacionales.

³³ Sólo el ámbito agropecuario, por su escasez, requiere mayor protección y desarrollo. En este aspecto, Francia es el país más importante ya que es él quien posee mayor cantidad de tierras cultivables y excelente calidad de ganado; de allí su influencia en el rechazo de las carnes argentinas, ya que se trata de un aspecto de la economía que interesa no solo a ese país sino a la comunidad. Por este motivo el Mercado Común Europeo permite la circulación de los productos agrícolas, pero a precios y tarifas fijados por la comunidad, supervisando todo ese proceso de comercialización mediante organismos especiales. Pero en el programa para la agenda 2000 se proyectó la reducción y hasta la suspensión de este sistema.

En el Mercosur se aprobó una serie de resoluciones en materia de trabajadores migrantes y el actual grupo de trabajo número diez del Grupo Mercado Común se ocupa de la armonización de criterios en materia laboral con aplicación a los trabajadores migrantes. El Foro Consultivo Económico y social ha elaborado una carta para el Mercosur en la que se contemplan los derechos de los trabajadores y de las familias migrantes.³⁴ Con relación a los servicios se aprobó un protocolo marco con pautas mínimas sobre servicios en el Mercosur en la Reunión Cumbre de Montevideo de 1997.

Ante la libre circulación de la mano de obra en los países europeos, surgió la necesidad de unificar el derecho de la seguridad social. Para facilitar la tarea se ha llegado a establecer prestaciones similares por idénticos servicios en los distintos países de la Comunidad, y a permitir el cobro de las jubilaciones en cualquier país del Mercado Común. En orden a estos fines, se ha establecido un fondo de compensación de las prestaciones.

En la UE, con respecto a la *asistencia social* tanto nacionales como extranjeros, gozan de los mismos beneficios y las actividades profesionales pueden ejercerse libremente en los distintos países miembros, sin necesidad de revalidar el título. En cuanto a otras actividades y libertades individuales, se permite la adquisición de propiedades inmuebles de empresas. En el Mercosur recién se aprobó en diciembre de 1997 un Protocolo de servicios muy elemental.

3. *La libre circulación de capitales.* Es uno de los problemas más difíciles de resolver en cualquier comunidad en proceso de integración. En la UE el principio que rige es la no discriminación en el tratamiento de los capitales de los distintos países, no diferenciarlos en base a la nacionalidad de sus poseedores. Este aspecto se vincula estrechamente al de la moneda. Para agilizar el comercio y las operaciones cambiarias, se admite que los pagos se efectúen en la moneda de cualquier país del Mercado Común. De esta forma los Estados miembros han delegado su facultad de resolver en materia cambiaria, en mano de organismos de la comunidad. Esta medida lleva a la liberación y nivelación de los

³⁴ En la Comisión Parlamentaria Conjunta el Diputado Lafferriere presentó un proyecto de estatuto para los trabajadores migrantes que fue aprobado en la reunión de la CPC del 21 al 22 de julio de 1998, para elevar a consideración del GMC y del Consejo.

balances de pago de las naciones europeas y a la creación de una moneda uniforme, el Euro, lo que se logró en mayo de 1998.³⁵

Todo esto facilita la circulación de capitales, las posibilidades de inversión y el desarrollo de las empresas. El anuncio del acuerdo sobre la creación del Euro y la entrada en vigencia de el sistema de moneda única en 1999 creó grandes expectativas. Para algunos la moneda única permite perfeccionar la identificación política de la región y preservarla de las influencias que el mercado financiero internacional produce en los Estados en forma aislada. Para otros el Euro puede ser el próximo rival del dólar como patrón monetario internacional, para lo cual se toma en cuenta determinados índices: El PBI en la Unión es de 5,7 trillones de dólares mientras que en EE.UU. es de 5,5 trillones. Volumen de comercio, la Unión representa el 21% del Comercio Mundial y EE.UU. el 20%. Tamaño de Mercado: La Unión tiene 371 millones de consumidores frente a 265 millones de EE.UU. Pero en materia de influencia internacional de la moneda el dólar ejerce hegemonía sobre el 62% de las reservas internacionales, mientras que las monedas europeas son el 20,1% de esas reservas. Esa situación podría revertirse. Ante la crisis de las bolsas asiáticas de 1998 y frente al anuncio de la creación del Euro el presidente Carlos Menem anunció que pediría a los órganos del Mercosur el estudio del establecimiento de una moneda única para el Mercosur.³⁶

El establecimiento de las grandes empresas multinacionales requiere la adopción de medidas tendientes a solucionar las diferencias de las legislaciones, así como las cuestiones de competencia y jurisdicción. La UE procuró obtener:

1.- Unificación legislativa, tendiente a la sanción de una ley única de sociedades, como por ejemplo, la ley uniforme de letra de cambio sancionada en Ginebra. Pero como dice Héctor Alegría, ésta presenta sus inconvenientes, ya que la ley uniforme es adaptada por cada Estado y por lo tanto las normas y la doctrina nacional al poco tiempo la convierten en una ley distinta. Se han buscado entonces otras soluciones.

³⁵ El cambio se operaba teniendo en cuenta una moneda patrón o moneda de cuenta de carácter abstracto no representativo, cuyo valor es determinado por la comunidad y que se utiliza como moneda de compensación, por ejemplo: 1 peso patrón equivale a 4 marcos, 5 francos, 18 libras, etc. De este modo la moneda de cuenta establece las relaciones valorativas entre las de circulación vigentes.

³⁶ Menem ejerció la Presidencia Protempore del Mercosur durante el primer semestre de 1998.

Estas cuestiones recién empiezan a ser consideradas en el ámbito del Mercosur en el que la Comisión Parlamentaria Conjunta ya ha adoptado varias recomendaciones destacando la importancia y utilidad del tema y sugiriendo propuestas de armonización legislativa.

2.- La Sociedad Anónima de Derecho Europeo, que es una sociedad europea creada y regida por una ley de carácter tal que puede actuar en cualquier Estado miembro. Se crea así un nuevo régimen.

En el Mercosur existe una iniciativa de mejorar para los cuatro países socios el Estatuto de empresas binacionales acordado entre Argentina y Brasil.

Terminamos, resumiendo los tópicos que hacen al derecho más allá de las implicaciones aduaneras: 1, circulación de personas; 2, circulación de capitales; 3, derecho de establecimiento, tanto de personas como de sociedades; 4, régimen laboral o de trabajo; 5, régimen de previsión social; 6, tratamiento impositivo; 7, derecho de patentes y de marcas; 8, valores, mercados y títulos; 9, ejecuciones y concursos en lo civil y lo comercial; 10, sociedades; 11, derecho de los transportes; 12, leyes agrarias; 13, legislación represiva, por ejemplo, las leyes antitrust y todas las necesarias para preservar la ley de libre competencia en el Mercado Común, así como el régimen de defensa del consumidor.

141. Comparación

A. Criterios

Existen muchos intentos doctrinales para determinar la naturaleza jurídica del derecho comunitario. Pueden polarizarse entre dos tipos fundamentales las interpretaciones "federalistas" y "funcionalistas". El federalismo está orientado a una integración estatal y el funcionalismo a una serie de organizaciones especializadas (CECA-CEE-EURATOM). Los investigadores más avanzados de esta materia rechazan (especialmente Pescatore³⁷) toda clase de esquemas prefabricados como federalismo o supranacionalismo, porque consideran que se trata de un fenómeno nuevo y sui generis. El Estado no delega grandes sectores de su competencia sino una suma de pequeños sectores de intensidad variable. Además se produce el fenómeno de la superposición de la

³⁷ En el curso dictado en INTAL.

competencia entre los Estados y la Comunidad. Más que transferencia es un reparto de competencias.

Los Estados occidentales europeos, al ingresar a las comunidades, transfirieron a los órganos comunitarios una parte de sus competencias soberanas, tanto en materia de legislación, como de administración de justicia. El derecho creado por los mencionados órganos puede ser aplicado y ejecutado inmediatamente, sin ser transformado en derecho interno de los respectivos Estados signatarios sin necesitar aprobación por parte de las autoridades nacionales.³⁸

B. Una estructura institucional funcional que se debe perfeccionar

En Ouro Preto se optó por un sistema institucional novedoso a la medida de los intereses de los principales operadores del Mercosur, pero carente de los pilares sustanciales para profundizar la integración, como son el Tribunal y el Parlamento. En efecto, en materia de solución de conflictos, no se creó un Tribunal ni se perfeccionó la propuesta de solución de controversias del Protocolo de Brasilia. Se creó en cambio un órgano multifuncional, la Comisión de Comercio, con atribución

³⁸ En el COMECON los Estados comunistas lejos de ceder sus competencias a órganos legislativos, ejecutivos o judiciales comunes, se limitaban a concertar planes económicos, mediante simples tratados internacionales, cuya ejecución quedaba a cargo de los respectivos gobiernos.

Braütigam en un detallado y analítico estudio jurídico sobre el COMECON, después de haber señalado numerosas analogías entre éste y la organización de Europa occidental concluye: En el plano de la organización, la política de integración del bloque soviético es comparable sólo relativa e hipotéticamente”.

La naturaleza de los Estados totalitarios, aclara Paul Reuter, permite la realización de la unión estrecha entre los Estados, sin un aparato institucional visible. ¿Cómo? En el bloque soviético, explica Braütigam, el problema de la forma de organización no tiene tanta importancia, pues todas las decisiones fundamentales se toman en un plano político superior: en el nivel de los partidos comunistas.

Loeber calificaba al bloque soviético como una “organización supranacional en el plano del partido”, pero lo hace con reservas. Otros autores son más explícitos señalando toda una serie de particularidades del bloque, que no permite calificarlo como una organización supranacional como von der Heydte que parte del concepto de la organización supranacional y Gould que lo hace desde el llamado “d.i. socialista” que, según los publicistas soviéticos, encausa la integración del bloque. Para el primero más que una auténtica sociedad, es una estructura eminentemente vertical, subordinativa, pero, un derecho supranacional no puede fundarse en una subordinación de tal naturaleza.

—entre otras muchas— de entender en casos de quejas, consultas y denuncias originadas por los Estados Partes, y con libertad de acceso para los empresarios que operan en la región, pero con un procedimiento que no brinda la seguridad jurídica propia de un sistema judicial. (art. 19). Se podrá decir que se mantiene el recurso a la aplicación del Protocolo de Brasilia, pero lo cierto es que esta vía de solución de controversias no ha funcionado hasta la fecha.

Por otra parte, al carecer de un tribunal, resulta imposible la construcción jurisprudencial que tanto ayudó al crecimiento del derecho comunitario en Europa en su faz doctrinaria, así como en la interpretación y aplicación concreta de las normas derivadas creadas por los órganos de la Comunidad.

Los argumentos esgrimidos para justificar la no creación del Tribunal, van desde los simples argumentos pragmáticos de que este es un proceso que se va haciendo sobre la marcha, sin partir de burocracias ni superestructuras que encarecen el mantenimiento del sistema, a argumentos de carácter constitucional sosteniendo que las constituciones de los Estados Partes (salvo la Argentina) no permite la delegación de facultades judiciales en un órgano de carácter comunitario. A esa estructura pertenece la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur (CPC).

SECCIÓN XXXIII

RELACIONES INTERNACIONALES

142. Realidad internacional. 143. Opiniones. 144. El derecho internacional ante la sociología y la política. 145. Síntesis interdisciplinaria. 146. Relaciones internacionales: A. *Teoría de las relaciones internacionales*; B. *Las relaciones internacionales en los años setenta*; C. *Las relaciones internacionales en los años ochenta*; D. *Tendencias del sistema internacional en los '90*. 147. Globalización. 148. Una vuelta de página en la relación bilateral argentino-británica. 149. El caso Pinochet a la luz de las relaciones internacionales. 150. Los nuevos equilibrios.

Se parte de la necesidad de estudiar el plano de la realidad internacional a través de disciplinas como las relaciones internacionales que ofrecen metodología y orientación para analizar los hechos que sirven de base o de sustento al derecho.

Se estudian las principales teorías, las que fundamentalmente han sido desarrolladas en estos últimos 20 años. Este marco doctrinario sirve para analizar los acontecimientos que han impactado en la comunidad internacional, desde el sistema bipolar, a la transición que vivimos hoy en día. Se investiga el fenómeno de la globalización, la tendencia a la formación de grandes espacios regionales, las reivindicaciones nacionales que acarrearán la fragmentación de Estados, los nuevos actores internacionales, la estructura internacional y su evolución, los factores que inciden en la formación y el ejercicio del poder a nivel mundial. Se tiene en cuenta el impacto de la tecnología. Finalmente se indaga sobre la posibilidad de mejorar la organización internacional.

142. Realidad internacional

El estudio del ámbito internacional figura bajo una doble denominación: *de relaciones o asuntos* (Raymond Aron), por un lado, y de *política* (Mario Amadeo) por otro. En los dos casos con el adjetivo internacional, exterior, extranjero, mundial, etc.

El primer término está arraigado especialmente en EE.UU., nación

que de golpe dio un salto del aislacionismo al liderazgo mundial. Por lo tanto carecía de una experiencia empírica propia de Europa lo que trató de sustituir profundizando los métodos científicos.

Es cierto que como las demás ciencias sociales, la política depende en última instancia, del libre albedrío humano, pero esta dificultad se supera, sin caer en un determinismo, recurriendo al método estadístico de grandes números escogiendo debidamente las muestras representativas. Sin embargo, como las relaciones internacionales abarcan toda la humanidad con un sinnúmero de variantes culturales, resulta sumamente difícil un muestreo de amplio alcance conducente a conclusiones positivas.

Es cierto que, de acuerdo a la opinión de Amadeo el trato entre los Estados, es siempre de naturaleza política, y el sólo hecho de que estos asuntos conciernan a unidades políticas, los politiza, de modo que en el plano internacional se habla de una "política económica" o de una "política cultural".

Además de las relaciones internacionales en sentido propio, (intergubernamentales), se estudian las llamadas relaciones transnacionales, que trascienden fronteras interestatales, sin una influencia gubernamental por lo menos visible. Abarcan las modas, los estilos literarios y artísticos (desde el barroco hasta el pop), ideologías en boga (de Rousseau a Marcusse), etc. A veces pueden llegar a notables repercusiones políticas, como por ejemplo la rebelión juvenil de 1968, simultáneamente en Occidente (París) y en el Este (Praga), aunque sin ninguna influencia de Cont Benedict y Dutschke sobre la juventud checa, eslovaca y soviética.

Resulta aceptable la terminología norteamericana de "las relaciones internacionales", porque, efectivamente, la política se limita tan sólo a cierto sector de aquellas relaciones, mientras siguen en claro progreso las comunicaciones y las relaciones de orden económico, tecnológico, cultural, etc. En aquellas materias no políticas, libres de trabas tradicionales, se observa un progreso prometedor del d.i.

Existen distintos conceptos de la ciencia de las relaciones internacionales. Para unos —como Quincey Wright¹— no pasa de una enciclopedia de las ciencias que se ocupan de esa materia (con un objeto material común: relaciones entre las naciones). Para otros se trata de una ciencia autónoma. Los partidarios de esta última posición no se pusieron de acuerdo en cuanto a su objeto formal:

¹ Su libro "International Relations" no está traducido al castellano.

a) o se trata de una disciplina muy vinculada a la moral internacional.

b) o es una disciplina causal, vinculada con la sociología.

c) o se trata de una ciencia práctica, que busca soluciones de los problemas planteados por la política exterior para uso de las respectivas cancillerías.

Según Stanley Hoffmann² los dos primeros enfoques pueden combinarse en la obra de un mismo autor, pero es distinto el caso en el tercer enfoque, porque la verdad científica y el interés de tal o cual nación son dos cosas difícilmente conciliables.

Queda siempre en terreno de discusión la autonomía epistemológica de las relaciones internacionales. Existen tendencias de incorporarla dentro de la sociología o dentro de la ciencia política. Los defensores de la autonomía absoluta alegan la existencia de un objeto material particular. La comunidad internacional es la única sociedad no sujeta a ninguna autoridad común. Esta tesis es importante para comprender las particularidades del derecho internacional, que no es un derecho emanado de una autoridad superior.

143. Opiniones

En su obra "Política Internacional: los principios y los hechos",³ Mario Amadeo comienza por definir la política internacional y las relaciones internacionales, como también los métodos tradicionales y los recién usados en EE.UU., tópicos que ya hemos expuesto. Luego expone la problemática del territorio, del pueblo y del Estado.

En la segunda parte —los hechos— abarca el análisis de la época posterior a la Segunda Guerra Mundial. Entre las tensiones ideológicas y políticas encontramos el análisis de la guerra fría, el papel de las grandes potencias, la ubicación de los países no comprometidos entre los dos bloques ideológicos. El desarme, la protección de los derechos humanos, las organizaciones mundiales, las agrupaciones regionales, el regionalismo americano y las inversiones extranjeras cierran los temas que desde esta óptica realizó su autor.

² Opinión expresa en "Teorías contemporáneas de las relaciones internacionales", E.F.E.

³ Buenos Aires, 1970.

Por su parte, Raymond Aron en "Paz y guerra entre naciones"⁴ dividió su obra en cuatro partes que carecen de un objeto formal común, desde la perspectiva epistemológica:

1. *Teoría* (concepto y sistemas). Vincula la política exterior con la estrategia y analiza sus fines y medios. Delinea el concepto de los sistemas internacionales, los clasifica (tema que abordamos en el último punto de la sección XXXI) y tipifica la naturaleza de los conflictos.

2. *Sociología* (determinantes y regularidades). Se divide en dos partes: a) análisis de las causas físicas y materiales, y b) síntesis de los determinantes sociológicos.

3. *Historia* (el sistema planetario en la edad termonuclear). Traza por un lado las relaciones intrabloques e interbloques: persuasión, subversión y disuasión: termina con reflexiones acerca de la neutralidad fingida.

4. *Praxiología* (las antinomias de la acción diplomática estratégica). Busca una moral internacional, una estrategia, la posibilidad de una paz por el imperio del derecho internacional.

El profesor Stanley Hoffmann señala⁵ otras contribuciones de la ciencia de las relaciones internacionales a la ciencia del derecho internacional, al proporcionarle un doble aspecto teórico:

A. Permite entender bien la originalidad del derecho internacional que, si bien carece de un amplio consentimiento de los sujetos y de un poder central, corresponde sin embargo a las condiciones mínimas del derecho (Véase N° 3 A).

B. Soluciona el problema de la fundamentación de los deberes internacionales, distinguiendo tres tipos de normas de derecho internacional:

a) El derecho de la comunidad correspondiente al orden transnacional.

b) El derecho que refleja intereses sólo temporalmente convergentes de los Estados.

c) El derecho de reciprocidad que refleja intereses comunes.

⁴ Madrid, 1963, traducción por Luis Cervo.

⁵ Hoffmann, International system and international law, en World Politics, 1961.

C. Presenta un derecho internacional "concreto", eliminando el vacío que crea la teoría pura del derecho y por otro lado, enfoques excesivamente liberales.

Además expone los intereses políticos subyacentes a la formación de las normas internacionales y enlaza el derecho internacional con el sistema vigente de política internacional, facilitando el ordenamiento del conjunto de las normas para la docencia y la investigación. A tal fin:

- a) Jerarquiza las normas según su importancia.
- b) Posibilita una elaboración sistemática de las normas y en función de distintos elementos que influyen la actitud de los Estados.
- c) Permite distinguir diferentes papeles que debe desempeñar el derecho internacional en las relaciones internacionales.

Por último, estudia sistemáticamente las cambiantes formas y esquemas del contexto internacional y proporciona los datos para el *desarrollo progresivo del d.i.*, para lo cual:

1. Investiga los límites de la reciprocidad y el surgimiento de los nuevos elementos que la fortalecen o la debilitan. Inmuniza contra la creencia en la existencia de presuntos intereses comunes, que se presuponen sin una previa investigación crítica.

2. En materia de solución de conflictos, la ciencia de las relaciones internacionales:

- a) Investiga las causas de las guerras, distinguiendo (según la terminología de Kenneth Waltz) las llamadas causas conducentes de las desencadenantes.

- b) Examina la relación entre las normas jurídicas y la realidad política.⁶

- c) Señala la dirección del cambio y desarrollo progresivo del derecho internacional; no sólo en la conducta de los Estados, sino también en las motivaciones ideológicas de ésta. De tal modo destaca principios que todavía no son normas del d.i., pero que probablemente llegarán a serlo tarde o temprano, en algunos casos como una reacción contra el derecho internacional tradicional (Véase N° 144).

Estas contribuciones de la ciencia de las relaciones internacionales,

⁶ Según Schwarzenberger, la prohibición del recurso a la fuerza armada (sobre todo a la autoprotección), convirtió el artículo 2 párrafo 4 de la Carta de la ONU en una especie de "Magna Charta Liberatum para los pequeños violadores del d. i."

tienen un valor particular hoy en día, época en que el derecho parece atravesar una transformación fundamental.⁷

144. El derecho internacional ante la sociología y la política

Es perfectamente fundada la opinión de que la confusión con la sociología⁸ desnaturaliza al derecho, vaciándolo de normatividad, subordinando el deber ser, al ser. Las realidades sociales sobre las cuales descansan las normas del d.i. deben por lo tanto, exponerse sin una tendencia behaviorista, sino más bien desde la perspectiva de la escuela francesa de la institución.

Esto es perfectamente factible. Admitimos, con el profesor Antonio Truyol y Serrá, que la ciencia de las relaciones internacionales —cuya exacta ubicación epistemológica resulta controvertida— debe considerarse como una disciplina de índole sociológica. Ahora bien, no existe ningún peligro de confusión si se observa el vínculo entre el d.i. y las relaciones internacionales de acuerdo al concepto de Stanley Hoffmann.

Si consideramos que la finalidad de la política es la búsqueda del bien común, debemos distinguir la política internacional de la política exterior. La política internacional en su estricto sentido, tiene como objeto la búsqueda del bien común de la comunidad internacional y la política exterior de los Estados tiene en vista los objetivos nacionales en el ámbito internacional, el bien común nacional. La política exterior nacional tiene cierta normatividad, pues traza las normas de conducta para la propia cancillería, pero carece de toda normatividad jurídica.

En lo que se refiere a la relación de la política exterior con el d.i., encontramos distintas posiciones. La subordinación del d.i. a la política exterior; la ausencia de una delimitación exacta (confusión); una delimitación excesiva que lleva a un completo aislamiento y, por fin, la integración sistemática.

1) *Subordinación*: Del d.i. a la política exterior puede manifestarse en distintas formas y al respecto existen distintas corrientes doctrinarias.

Hay quienes admiten la normatividad del d.i., pero consideran que en caso de conflicto entre el d.i. y la política exterior, predominaría ésta. Para otros, el d.i. es simplemente un instrumento de la política exterior.

⁷ La transición del sistema bipolar a un orden nuevo.

⁸ A la Escuela Sociológica del d.i. nos referimos en la Sección I

En la primera posición existía una corriente de autores alemanes de antes y durante la Primera Guerra Mundial, según cuyo criterio “la necesidad no reconoce ningún derecho”. La segunda tendencia se manifestó en su forma más clara por el internacionalista soviético Pashukanis. Según su opinión no valía la pena elaborar una teoría marxista del d.i., ya que éste no es otra cosa que un medio de la política exterior. Por lo tanto, la URSS podía utilizar muy bien para sus fines al d.i. occidental. Cabe agregar que aunque tal concepción fue rechazada por el gobierno de Stalin, fue aplicada posteriormente por la cancillería soviética. La aceptan algunos neorrealistas estadounidenses.

2) *Confusión*: Existe la tendencia a la fusión de ambas materias, lo que realizan los neorrealistas norteamericanos como la “Escuela de Yale” de Myres McDouglas. Según el profesor Joseph Kunz, este enfoque despoja de normatividad al d.i.

3) *Aislamiento*: Otro extremo consiste en una separación cortante, propia especialmente de la escuela del derecho puro (escuela de Viena), que descarta toda clase de consideraciones de orden político o sociológico en el d.i. Analizamos este pensamiento al abordar el problema de la síntesis (Nº 145).

4) *Integración*: La posición que nos parece exacta en la materia es la intermedia. La política exterior define los objetivos nacionales que, desde el punto de vista del d.i. son sólo datos metajurídicos. Estos objetivos pueden o no coincidir entre los diversos Estados, ya que cada uno tiene los suyos propios. De allí la distinción que hace Hoffmann entre el d.i. de la comunidad y el d.i. de los Estados. De esta manera cada Estado trata de proteger sus intereses mediante normas adecuadas de d.i. ajustándolas a sus necesidades. Por ejemplo, antes de la Convención del Mar de 1982 un país con una plataforma abundante en pesca, estaba interesado en que una norma jurídica la someta a su competencia.⁹ También se manifiesta una oposición de intereses entre los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo, por ejemplo el problema del deterioro de los términos del intercambio, discutido en la conferencia de Nueva Delhi, en 1968. Tal situación de oposición y choque de intereses culmina tarde o temprano, en la formulación de un acuerdo expreso o tácito que da lugar al nacimiento

⁹ Véase Nº 64.

de una norma de d.i.. Esta norma se realiza debido a que ambas partes antagónicas ceden parcialmente. Por lo general el que más cede es aquel cuyos intereses en juego son menos vitales, o bien porque es más débil. La norma creada de este modo debe quedar dentro de los límites del derecho natural y de la moral.¹⁰

Nos hallamos aquí en el deslinde entre la política a secas y la política del derecho. Según la escuela de Viena, el acto de creación de la norma pertenece a la esfera del “ser” y no del “deber ser”. Es determinada causalmente (mejor dicho, teleológicamente, se trata de la causa final y no de la causa eficiente). En la práctica esta distinción no siempre es palpable, considerando que una norma consuetudinaria no nace de un solo acto sino por medio de un proceso según hemos señalado en alguna oportunidad.¹¹ Cabe subrayar que no coincidimos con la Escuela de Yale (o sea con la fusión entre el derecho y la política), que niega el concepto tradicional de las fuentes del derecho internacional, al considerar que las normas nacen y se transforman en un proceso continuo.¹² Comprobamos únicamente que las normas de una clase, a saber las consuetudinarias, quedan en un proceso de “*status nascendi*” antes de cobrar vigencia normativa.

145. Síntesis interdisciplinaria

El método con el que encaramos la investigación del d.i. es el *trialista*, lo que nos lleva a analizar los tres elementos del mundo jurídico: norma, realidad y valor. El mismo método se emplea para enseñar el d.i. Por ello es que consideramos que:

- 1) La enseñanza debe destacar los valores que la sociedad contiene y que se receptionan en las normas.
- 2) Debe abarcar también la exposición de las realidades sociales sobre las cuales descansan las normas del derecho internacional.
- 3) Pero también debe tener en cuenta las siguientes reservas:

¹⁰ Así entendemos la relación entre la dimensión axiológica y la sociológica de *lege ferenda*, en la mayoría de los casos. El derecho natural y la moral imponen obligaciones (y no sólo prohibiciones) solamente en la materia humanitaria; véase esta distinción en Halajczuk *Revue* de 1960.

¹¹ Véase Nº 8 A.

¹² “Todo está en movimiento”, según la tesis de una tendencia filosófica griega.

a) El derecho internacional es una ciencia de síntesis.

b) El derecho no debe ser desnaturalizado, confundido con la sociología o la ciencia política. El derecho es una ciencia con su propia originalidad, con las exigencias de método y de modo de razonar a las que no puede renunciarse.

Es decir, que lo primero que necesita el jurista es un conocimiento enciclopédico, al que alude el profesor Murdock.¹³ Una visión panorámica sobre el conjunto de las ciencias sociales y el conocimiento de los puntos de contacto entre ellas y la ciencia del derecho internacional. Esto basta para la delimitación de los campos de trabajo, necesaria para evitar superposiciones y hasta para trazar nuevos rumbos e inéditas posibilidades en el ensanchamiento de la investigación. Pero no es suficiente la utilización práctica de los datos que puede proporcionarle la ciencia de las relaciones internacionales en la investigación jurídica. De Visscher insiste en la necesidad de realizar una especie de soldadura entre ambas disciplinas. Legaz y Lacambra parecen admitirla, expresándose en términos distintos: "Es claro que hay un método jurídico; el método del jurista no puede ser un método sociológico e histórico, ni puede confundir lo jurídico con lo moral o lo político. Pero lo moral, lo histórico, lo político, interesan al jurista, aunque sea para integrarlo a su propio punto de vista, sin perderse en digresiones ajenas a su cometido". Esta clase de integración, desde el punto de vista jurídico, podría llegar muy lejos.¹⁴

Un desdoblamiento análogo de la integración puede realizarse en el deslinde entre la economía y el d.i. Como modelo señalamos el "Economic Order and International Law", por el profesor Wilhem Röpke.¹⁵ El economista alemán enfoca el d.i. bajo el ángulo de su propia disciplina, integrándolo desde el punto de vista económico y llevándola a una síntesis parcial en el plano de la economía.

"La separación del derecho de la moral, de la sociología y de la

¹³ Murdock, en *Cursos monográficos: La Habana*, 1952.

¹⁴ El profesor Levy Bruhl llama a una ciencia de esta índole "juristique".

¹⁵ En la recopilación de los *Cursos de la Academia de d.i. de la Haya*. Véase investigaciones del d.i. económico, por Schwarzenberger, Vellas y otros. Ver también a Wilhem Röpke, *op. cit.*, quien advierte no sólo contra los peligros del juridicismo, sino también contra los del "economicismo", contra una especie de purismo económico que al exagerar las posibilidades de su propia disciplina, le imputa autarquía. He aquí un ejemplo: "Según los manuales del comercio internacional, este comercio estaría regido por la ley de los costos diferenciales, pero en realidad se funda en el imperativo categórico *pacta sunt servanda*".

política, es una exigencia metodológica, una pura hipótesis de trabajo, que jamás se da en la realidad” —opina Antonio de Luna,¹⁶ y Henry Bruhl expresa un parecer semejante en términos casi idénticos. “El aislamiento del orden jurídico, para considerarlo en sí mismo únicamente como una reglamentación —escribe Eisenmann¹⁷—, es una abstracción perfectamente legítima pero, como toda clase de abstracciones es un artificio, una medida convencional, que no puede transformarse de golpe en una realidad. Encontramos que si lo jurídico es una parte de un mundo heterogéneo más amplio, si está rodeado por lo no jurídico, el conocimiento de las relaciones entre el derecho y el no derecho es un elemento imprescindible del conocimiento de la ciencia del derecho”.

146. Relaciones internacionales

A. Teoría de las relaciones internacionales

a) *El pensamiento político*: Cuando nos abocamos al estudio del Estado moderno nos encontramos con tres tradiciones del pensamiento en competencia: la hobbesiana, la kantiana y la grociana.

Las tradición hobbesiana o realista ve la política internacional como un estado de guerra, un terreno donde se desarrolla la lucha de Estado contra Estado y donde el interés de un Estado excluye los intereses del otro, en donde la paz es un Estado intermedio para reponerse de un conflicto bélico y encarar el próximo. Su comportamiento con otros Estados que lo limitan o circunscriben están regidos por las reglas de la prudencia y de la conveniencia, de donde se sigue que los acuerdos han de respetarse si es conveniente hacerlo.

La tradición kantiana o universalista cree que la naturaleza esencial de la política internacional descansa en los lazos transnacionales entre las sociedades que crean vínculos entre seres humanos que son sujetos o ciudadanos de los Estados. La relación entre los Estados es aparente ya que la realidad es la relación entre todos los integrantes de la comunidad, donde la política internacional se torna en una acción cooperativa y en donde los imperativos morales limitan de los Estados en el campo de las relaciones internacionales. Llevada a sus últimas

¹⁶ De Luna, “La fundamentación del d.i.”, en R.D.I. (La Habana), 1952.

¹⁷ Eisenmann, *L'Enseignement universitaire des Sciences Sociales: Droit*, UNESCO, París.

consecuencias esta relación entre los hombres nos llevaría a la liquidación del sistema de Estado y su sustitución por una sociedad cosmopolita.

La tradición grociana o internacionalista se ubica entre las dos tradiciones arriba mencionadas. Ni los Estados están comprometidos a una lucha constante toda vez que sus conflictos se ven limitados por reglas o instituciones comunes y aceptan —contra la premisa kantiana—, que los Estados son los miembros básicos de la sociedad internacional por delante de los seres humanos individualmente considerados. Además los Estados en su proceder internacional, están ligados no sólo por reglas de prudencia o conveniencia sino también por imperativos morales y legales, afirmando —contra la visión universalista— que estos imperativos no pretenden la liquidación del sistema de Estados y su reemplazo por una comunidad universal del género humano sino que se inclinan por la aceptación de los requerimientos de coexistencia y de cooperación en una sociedad de Estados.

b) *Los modelos*: El analista de la transformación de la realidad internacional a partir de 1945 exigirá tener en cuenta una serie progresiva de nuevos temas que irá acompañado de avances metodológicos y de diversificación de premisas o imágenes del mundo que no pueden abarcarse en una sola teoría. En las décadas del 80 y del 90 se habla de tres modelos que articulan la teoría de las relaciones internacionales: el realista, el transnacionalista y el estructuralista.

◆ *Realismo*: A Hans J. Morgenthau se le reconoce como el fundador de este modelo. Si bien su pensamiento carece de originalidad dado su sustrato filosófico (razón de Estado de Maquiavelo, Estado de naturaleza de Hobbes) e histórico (diplomacia de equilibrio del poder como Metternich), fue el primero en aplicarlo de manera sistemática al mundo de la guerra fría.¹⁸

Las premisas del realismo (Estado central-seguridad nacional y conflictos de naciones) que guían las investigaciones en las relaciones internacionales, comienzan a plantearse problemas a medida que se transforma la sociedad internacional y se pasa de la guerra fría a la distensión en la década del 60. Es el paso del mundo de la alta política movido por las fuerzas militares de las superpotencias a la baja política determinada por factores sociales y económicos.

¹⁸ Esther Barbé, "Relaciones internacionales", Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 62.

◆ *Transnacionalismo*: La reacción frente al realismo dominante nos lleva a dos nuevas aproximaciones globales: el transnacionalismo y el estructuralismo.

Si los realistas tenían como finalidad explicar el comportamiento de los Estados, el transnacionalista tratará de explicar los acontecimientos mundiales y el estructuralista se abocará a explicitar las diferencias a nivel mundial entre ricos y pobres. Las finalidades de estos dos últimos reflejan un comportamiento ideológico. El transnacionalismo tiene una visión típicamente occidental, de base liberal en tanto que el estructuralismo asume una posición crítica frente al sistema económico mundial.

Robert Keochane, mentor del transnacionalismo junto a Joseph Nye, a principio de los 80, apunta en dirección a la coexistencia entre los modelos y no a la exclusión de uno por otro.

El transnacionalismo cuestiona el sistema del Estado como estructura del sistema internacional. A su análisis va a incorporar nuevos agentes: organizaciones internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales, etc., donde el Estado pierde su carácter de actor exclusivo para entrar en competencia con otros actores.

El campo de estudio se orienta a tratar problemas derivados de la actividad humana en un mundo altamente desarrollado: relaciones comerciales y financieras, desarrollo tecnológico, comunicaciones, recursos marinos, problemas ecológicos, etc.

La idea de mundo está unido a los conceptos de sociedad mundial o de globalización, en tanto que los movimientos económicos o tecnológicos rompen con la lógica de Estados para crear una lógica de red o de telarañas en la que existen múltiples conexiones y en las que todas las piezas están interconectadas. Nos encontramos frente a un mundo grociano en que los intereses mutuos generan un cierto orden internacional, en donde las premisas de cooperación han desplazado a las del egoísmo de Estados individualistas.

◆ *Estructuralismo*: El estructuralismo se inicia en el mismo contexto histórico que el transnacionalismo pero su enfoque es distinto. Pretende conocer los orígenes, el carácter y las consecuencias del sistema capitalista, con un énfasis especial por los problemas del subdesarrollo.

Centra su análisis de las relaciones internacionales en las desigualdades, en término de desarrollo económico.

Esther Barbe piensa que si bien el papel del estructuralismo "ha

sido marginal en comparación con los otros dos paradigmas en el desarrollo teórico de la disciplina; en cambio sí se puede destacar que los estructuralistas han tenido la virtud de introducir en la agenda de investigación una serie de temas que, junto a otros temas transnacionalistas y algunas premisas realistas, han creado "la masa crítica" para desarrollar una de las líneas más fructíferas en la disciplina de las relaciones internacionales desde los años ochenta: la Economía Política Internacional (EPI). Temas como el comercio internacional, el sistema monetario internacional, las relaciones Norte-Sur, las empresas multinacionales, los problemas económicos globales y las políticas económicas exteriores de los Estados entre otros, constituyen la agenda de la EPI. Según Roger Tooza, "la economía y la política, a nivel interno y a nivel internacional, se integran y no pueden explicarse independientemente una de otra".¹⁹

◆ La CEPAL fue fundadora de la "teoría de la dependencia". Gunder Frank y Wallestein figuran entre sus autores más destacados. El desarrollo acelerado de algunas economías (países asiáticos como Corea del Sur, Singapur, Taiwan, etc.) puso en crisis algunas de sus observaciones.

Al abordar los fenómenos de la vía internacional en su totalidad corremos el riesgo de hacer hincapié en algunos aspectos de las relaciones internacionales en desmedro de otros. El realismo, el transnacionalismo y el estructuralismo aportan lo suyo a la teoría de las relaciones internacionales. Creemos oportuno recordar una reflexión de Jacques Huntzinger: "Ni Morgenthau, ni Lenin ni el transnacionalismo poseen por sí solos las claves para comprender la sociedad internacional".²⁰

B. Las relaciones internacionales en los años setenta

Al sistema bipolar de ayer le era propio su universal simetría. Cada uno de los dos centros detentaba en una mitad del mundo la dirección política, militar, económica, influyendo hasta en el estilo de vida propio de las naciones a ellos adscriptos.

Desde la perspectiva de los años setenta podemos observar sínto-

¹⁹ *Ibidem*, p. 71.

²⁰ J. Huntzinger, "Introduction au Relations Internationales", Seuil, París 1987, p. 107, citado por E. Barbé, *ob. cit.*, p. 71.

mas de un aparente debilitamiento norteamericano: a) la pérdida definitiva de la guerra en el sudeste asiático, con todas sus consecuencias de orden interno (vidas humanas, narcomanía, ruptura del tradicional conformismo, inflación, etc.), e internacional (fin del mito de invencibilidad, agresión, uso de armas químicas etc.) y, b) por otra parte había muestras de una progresiva independencia latinoamericana frente a la hegemonía de Washington.

De allí la complejidad del cuadro que presentaban aquellos años, a los que alude Aron. El bipolarismo se conservaba solamente en el plano militar, aunque China, el tercer centro del dispositivo político, también progresó en armamentos, incluso navales y hasta nucleares.

En lo económico, podemos observar durante esa década, el retorno a una especie de pentarquía: a las tres superpotencias político-militares que acabamos de señalar, cabe agregar otras dos exclusivamente económicas: Japón y Europa Occidental. El resurgimiento de la pentarquía permite la libertad del juego político, que —según hemos mencionado— era propia del sistema de equilibrio.

Otra característica de las relaciones internacionales era que las “fronteras ideológicas” no se sobreestiman. No obstante lo cual las potencias económicas llevaron a cabo una dura competencia en las zonas periféricas, intentando ganar la simpatía de los pueblos en vías de desarrollo por medio de una cuantiosa asistencia técnica (por ejemplo la URSS construyó en Egipto la enorme represa de Asuan).

Mientras tanto, para los chinos, la URSS ya no era un país socialista a secas, sino “social-imperialista”: “Sin dejar de enarbolar la bandera del socialismo, el social-imperialismo se lanzó a actos imperialistas, llevando a cabo una política de expansión por el mundo...”.

El mismo lenguaje se hablaba en Albania, opuesto al de la URSS y a los países dependientes de ella. En Praga la agencia oficial de prensa empezó a editar desde el 28-3-1973, un boletín titulado “La política del marxismo” criticando a Mao. Mientras que Yugoslavia seguía siendo el paraíso de la autogestión implantada por Tito.

Este panorama demuestra parcialmente la diversidad de conceptos socialistas existentes en el mundo desde la revolución bolchevique de 1917.

A fin de institucionalizar el apaciguamiento, por lo menos en el terreno europeo, se reunió en Helsinki, el 22-11-72, una conferencia que congregó a los embajadores de 32 Estados europeos (OTAN, Pacto de Varsovia, y No Alineados) y 2 americanos (EE.UU. y Canadá) La

conferencia se realizó en 3 niveles: 1) Cancilleres, 2) Comisiones de peritos, y 3) Reunión Cumbre. Se abordaron 3 temas: 1) extensión de la colaboración económica, técnica y científica; 2) reducción de armamentos sin que esto afecte la seguridad; 3) establecimiento de un organismo permanente que supervise la ejecución de las decisiones. En junio de 1977 se reunió en Belgrado una Conferencia que congregó a los 35 Estados firmantes del Acta de Helsinki para informar sobre la aplicación de la misma. En aras de obtener resultados positivos en otros temas del Acta, los delegados occidentales procuraron obviar el tratamiento de los derechos humanos, tema irritante para la URSS.

En esta década se intensifica el apoyo del régimen cubano a los movimientos revolucionarios de América Latina. Grupos entrenados en Cuba, intentan derrocar a los gobiernos en casi todos los países.

Coexistencia pacífica: El tratado firmado en Moscú por EE.UU. (Richard Nixon) y la URSS (Leonid Brezhnev) el 29-5-1972, constituye la implantación de la coexistencia pacífica entre las dos potencias. En ese tratado se establece: 1) la determinación común que en la época nuclear, no existe ninguna alternativa a la conducta de las superpotencias que deben mantener relaciones mutuas basadas en la coexistencia pacífica; 2) las diferencias de las ideologías y el sistema social de EE.UU. y la URSS no son obstáculo para el desarrollo bilateral fundado en los principios de soberanía, igualdad, no intervención en los asuntos internos y ventajas mutuas, y 3) la necesidad de un mejor entendimiento entre esas grandes potencias sobre la base de la coexistencia pacífica, la cooperación internacional y el mayor intercambio económico-comercial.

Después de los tratados de Moscú, se pudo constatar que las relaciones de las superpotencias se basan en la coexistencia pacífica, y que las tensiones que crean la profundización de las diferencias Norte-Sur, eran las que realmente hacían peligrar el equilibrio internacional en los setenta.

Por esta razón, es que el Grupo de países No-Alineados, propuso la reforma del Sistema Económico Internacional.

El individuo a su vez, accede al rol de sujeto de d.i. en el campo de los derechos humanos.²¹

²¹ Más adelante señalamos que con la política exterior del presidente Carter, los derechos humanos han pasado del relegamiento al primer orden en el temario internacional y se han erigido en un factor de peso en la política mundial.

Además, en los aspectos más adelantados del d.i. como el derecho espacial, los fondos marinos, el derecho ambiental, etc., se reconoce como sujeto de derecho a la humanidad.

La necesidad de reservar recursos para la humanidad, y la de facilitar el desarrollo de los pueblos en vías de obtenerlo, crea a su vez grandes polémicas, en las que se revela nuevamente la contradicción Norte-Sur, propia de las relaciones internacionales contemporáneas.

Una de esas polémicas fue la que giró en torno a "los límites del crecimiento", en la que la tesis del Club de Roma fue rebatida por la contratesis elaborada por la Fundación Bariloche (Argentina).²²

La crisis energética de los años setenta acentuó el enfrentamiento entre países ricos y pobres por las concesiones y las nacionalizaciones.

El advenimiento de Carter a la presidencia de EE.UU., produjo una serie de impactos en las relaciones internacionales siendo los aspectos más sobresalientes de su política los que se refieren a los derechos humanos, la crisis energética, la política nuclear y el concepto de seguridad.

La detente y el diálogo practicadas por Carter y el secretario de Estado Cyrus Vance continuaron el derrotero señalado por Kissinger, en cuanto a los objetivos finales, pero además en sus relaciones con la URSS, se inclinó la problemática de los derechos humanos.²³

En su primer discurso en la AG, Carter dejó en claro que la preocupación de su gobierno por el respeto de los derechos humanos no constituían una injerencia en los asuntos internos de otros países y que la violación de tales derechos no podía ser tolerada por los signatarios de la Carta de la ONU, que se comprometieron a observar y respetar estos derechos del hombre, ya que la búsqueda de la paz y

²² La Fundación Bariloche es una entidad privada de origen argentino cuya finalidad es fomentar en el país la investigación en el campo científico y cultural. El informe del Massachusetts Institute of Technology (MIT) constituyó un best seller científico con repercusión internacional. El equipo de profesores que practica dicho informe con el apoyo matemático y estadístico que le suministraron máquinas computadoras especializadas llegó a la oscura conclusión de que de seguir la actual línea de desarrollo, la humanidad llegará a los límites naturales de desarrollo en los próximos 100 años.

²³ Carter procuró, y en cierta forma logró, que el pueblo de los EE.UU. se "reencuentre con su vocación misional", que se vuelva a elevar el espíritu norteamericano con banderas por las libertades del hombre.

de la justicia no puede hacerse sin el respeto a la dignidad humana. Para ello propuso el fiel cumplimiento de las obligaciones de la Carta, de una serie de resoluciones de la ONU sobre estos derechos y la observancia de los acuerdos de Helsinki. Propuso además, la creación de un alto comisionado de la ONU para los Derechos Humanos.²⁴

Para remediar los problemas energéticos, Carter puso en marcha un programa basado fundamentalmente en la austeridad que acababa de proponer a Europa y Japón. En cuanto a la política nuclear, como ya dijéramos, la utilización pacífica de la ciencia atómica colinda con los problemas del armamentismo nuclear. A fin de evitar riesgos inútiles, el presidente norteamericano resolvió reducir al máximo las exportaciones de uranio.

En cuanto al concepto de seguridad y la carrera armamentista, Carter procura arribar exitosamente a los acuerdos SALT-II, contribuyendo a dar pasos más efectivos hacia el desarme.

La coincidencia EE.UU.-URSS en el control de armas nucleares se puso de manifiesto en las declaraciones del canciller soviético Gromyko en la AG de la ONU, quien dijo que su país apoyaba la eliminación total de las armas nucleares.²⁵

La invasión de las tropas rusas a Afganistán a fines de 1979 cerró esta década. EE.UU. respondió retirándose del Tratado Salt II y cancelando la venta de cereales a Moscú.

²⁴ Carter manifestó la indignación que le provoca la violación de los derechos humanos en Uganda y otros países de Africa. En cuanto a América latina, su posición frente a los derechos del hombre, lo han llevado a disminuir considerablemente la ayuda económica y militar para los países del área en los que se incurriera en violación de los derechos humanos. Tal actitud suscitó reacciones dispares, y también violentas en la opinión pública. Particularmente se enfriaron a nivel de casi ruptura, las relaciones con Brasil, viviéndose también una densa tensión con nuestro país, el Uruguay, y mucho más aún con Chile. De allí que muchas califican la política de Carter como criticable.

²⁵ También el concepto de seguridad o de defensa nacional, se ha visto innovado con la gestión Carter, al sustituir el criterio de "la respuesta gradual", por el de las "represalias masivas", pero sustentando esta tesis sobre el principio de que los preparativos para ataques nucleares selectivos contra instalaciones militares, deben ser estrictamente limitados por que amenazar con reducir la credibilidad en la disuación recíproca y aumentar los riesgos de una catástrofe.

C. Las relaciones internacionales en los años ochenta

Los ochenta fueron los años de los grandes cambios:

1. Son los años de la presidencia de Ronald Reagan en EE.UU., que se caracterizaron por la dureza en el manejo de las relaciones exteriores. A él se debe el sistema defensivo espacial que se denominó la Guerra de las Galaxias, la que erogó una elevada suma de dinero encareciendo más aún la carrera armamentista, ya que todos los sistemas anteriores quedaban obsoletos. Intervenciones en América Latina: Nicaragua y Granada.

2. Son los años de las transformaciones operadas en la URSS a través de las reformas internas impuestas por Michail Gorbachov con su Perestroika y la Glasnost administrativa, empezando por el achicamiento del Estado, la descentralización, el control del déficit fiscal, imponiendo la "Perestroika", como medio para salir de la crisis económica en que había quedado a consecuencia de la carrera armamentista y por la concentración del manejo de la economía en manos del Estado, generando una innecesaria burocracia y corrupción. En el terreno político, Gorbachov adoptó la Glasnost (transparencia), permitiendo el ejercicio de la libertad de expresión, desconocida en la URSS, y particularmente en Rusia. En el campo militar y de la seguridad, prefiere llegar a un entendimiento con EE.UU. antes de agudizar la carrera armamentista, que en su nueva dimensión espacial, le ocasionaría mayores gastos que no estaba en condiciones de afrontar. La misma política y un acercamiento real ejerce con los europeos.

En el plano internacional la reforma obligó al cese de la carrera armamentista y a la reducción del presupuesto militar, además de la descentralización y del achicamiento de las empresas del Estado.

La invasión a Afganistán provocó más gastos, y la sorpresa de encontrarse con una fuerte resistencia. Se puede decir que Afganistán fue para la URSS, lo que Vietnam para EE.UU.

3. En 1982, Argentina emprende la guerra de las Malvinas lamentando la pérdida de vidas muy jóvenes. El resultado fue la derrota, y con ella el fin de la dictadura militar. Se restablece la democracia.

4. En América latina, poco a poco, van retrocediendo las dictaduras militares y se reinstala la democracia. Surge el Grupo de Río que aglutina a países que propician la democracia y la paz, que va a tener injerencia en la guerra civil de Nicaragua, entre el gobierno del dictador Somoza y la guerrilla sandinista. Los mismos países forman el Grupo de Contadora para encarar el tratamiento de la deuda externa.

5. En esos años se abandona el proyecto de establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) propio de la primera mitad de los setenta, y empieza a imponerse la doctrina liberal de mercado a consecuencia de la expansión por todo el orbe del fenómeno de la globalización.

6. Los cambios internos en la URSS, y los problemas económicos generalizados, desestabilizaron a los gobiernos de los países de Europa Oriental. Alemania Democrática se debatía en los problemas internos. El 9/11/89 el pueblo de ambos sectores alemanes, derribó al Muro que los separaba. Otra vez en la historia triunfaba el espíritu sobre la materia.

D. Tendencias del Sistema Internacional en los '90

En los '90, los cambios en el sistema mundial se aceleraron. Como señala Luis Dallanegra Pedraza, en el *eje estratégico-militar*, el conflicto Este-Oeste dejó de ser relevante, planteándose problemas vinculados a las tensiones provocadas por países del Tercer Mundo que pusieron en tela de juicio la capacidad de establecer reglas del juego por parte de las potencias hegemónicas.

La situación provocada por Irak —no sólo en el marco del Medio Oriente, sino global— al invadir Kuwait en agosto de 1990, dejó de manifiesto elementos que se arrastran del “viejo orden” y ciertas características que asoman del “nuevo orden”.

Dentro del marco del nuevo orden que se gesta, existen elementos vinculados fundamentalmente al “*eje económico*”, que será el que monopolice los conflictos.

Los sistemas de seguridad de la “Guerra Fría” han quedado totalmente inoperantes. Entre ellos la OTAN y el Pacto de Varsovia. De ahora en más, organismos como la OTAN deberán prepararse para hipótesis en las que no entra el conflicto “interbloques”.

De la misma manera que en el marco del eje estratégico-militar el Pacto de Varsovia desapareció; en el marco del eje político los países del bloque oriental comienzan —nacionalismos de por medio²⁶— un proceso de atomización que no pudo ser contenido por las autoridades

²⁶ Los nacionalismos emergentes en los países del bloque oriental, tienen características propias, vinculadas, fundamentalmente, a factores étnicos y de liberación del control verticalista y militarista de la URSS.

soviéticas, a pesar de las intenciones de Gorbachov de establecer una Federación Soviética.

En Polonia ganó la oposición, bajo el apoyo y la presión de la Iglesia Católica. En Hungría ganó el comunismo opositor. En Yugoslavia se dio un proceso de desintegración del país. Las “dos Alemanias” —cuya unificación parecía una utopía— se unificaron en setiembre de 1990 y, pese a los graves problemas económicos que implicó ese proceso, Alemania se convirtió en una de las grandes potencias económicas, no sólo de Europa, sino del mundo.

El *eje político* es el que está acusando recibo de todos los grandes cambios, ya que se trata del “*eje planificador*”. Pero, aún no ha tenido la capacidad de establecer las nuevas reglas del juego del nuevo sistema mundial, aunque es seguro que girará en una relación eje político-eje económico. El eje estratégico-militar, tendrá conflictos no ideológicos, sino problemas fundamentalmente vinculados al eje económico.

Donde se están generando los grandes acontecimientos —cambios y gestación de nuevas pautas— es en el eje económico. La globalización impone nuevas pautas al comercio internacional, lo que repercute en el organismo internacional que se ocupa del tema, desapareciendo el GATT, que fue sustituido por la OMC en 1995.

En todo el mundo, hasta en EE.UU., se advierte que para afrontar los peligros de la globalización y beneficiarse con sus ventajas, lo mejor era dejar de lado las políticas individuales de los Estados nacionales. Esta tendencia llevó a crear grandes bloques económicos regionales, que iniciaron en mayor o en menor grado un proceso de asociación en algunos casos para el establecimiento de una Zona de Libre Comercio: NAFTA, ASEAN; o para la creación de un Mercado Común como resultó la propuesta del Mercosur para Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, a lo que se sumaron Chile y Bolivia como asociados en América del Sur. EE.UU. abandonó el tradicional “aislacionismo hegemónico” y procuró a la conformación de conglomerados regionales,²⁷ con Canadá

²⁷ Resulta importante considerar que cuando se habla de “nuevas tendencias mundiales a la conformación de conglomerados regionales”, en realidad se está hablando de una nueva orientación del sistema internacional -dentro de ciclos sistémicos- pero no de una novedad en cuanto a las “tendencias”. Los conglomerados regionales existieron también en el siglo pasado luego del reparto de África por las potencias europeas en el Congreso de Berlín de 1885; claro que esos “conglomerados regionales” estaban conformados por espacios coloniales y mano de obra esclava. Lo mismo se puede decir de las relaciones “neocoloniales” de Gran Bretaña con los países de América del Sur o de EE.UU. con Centroamérica y el Caribe español. Las grandes

primero, luego proponiéndole a México su ingreso,²⁸ para completar el juego con la "Iniciativa para las Américas".

En última instancia, queda en claro que EE.UU. consolida el papel de "potencia hemisférica", además de potencia mundial global. Ese es el motivo principal —a nuestro criterio— por el que Bush lanza su iniciativa y hace una gira personal a fines de 1990, para explicarla y promoverla.

La Iniciativa para las Américas se basó, a principios de los años 90, en dos causas: a) una externa, que tiene que ver con la pérdida de los "socios europeos" que se "cierran" en su propio proceso integracionista y compiten con EE.UU., al igual que Japón y los Nic's asiáticos; por lo tanto se vuelca hacia el marco hemisférico tratando de ganar y controlar un mercado importante, pero estableciendo sus propias reglas (Iniciativa). b) La otra, interna, que sigue en cierta medida el criterio avalado por economistas como Peter Drucker, que plantean que para solucionar los problemas económicos de déficit comercial, no lo puede hacer con Japón y los Nic's Asiáticos ni con la CE, sino tratando de vender a América Latina, particularmente bienes de capital.

Además, procura solucionar los problemas de seguridad. No como los que se planteaba según los criterios de la guerra fría sino los vinculados al narcotráfico, al medio ambiente, a la subversión al estilo Sendero Luminoso en Perú, y las crisis sociales provocadas por crisis económicas hiperinflacionarias, como las ocurridas en Venezuela "caracazo", o en Argentina, donde anticiparon el cambio de Presidente.

El narcotráfico ocupa el centro de las preocupaciones de EE.UU.

potencias se mantuvieron aisladas o independientes, porque así les convenía, mientras que manejaban dentro de su esfera de influencia a los países hegemónizados —conglomerados hegemónicos—. Ahora, conforman "espacios regionales ampliados" —v. gr. EE.UU.-Canadá-México— porque les conviene, no porque es la "nueva tendencia mundial"; del mismo modo que el "nacionalismo" que parecía perimido ahora aflora nuevamente y lo hará dentro de cien años o cuatrocientos, si es necesario, del mismo modo que el sistema internacional "tenderá" a conformar espacios regionales ampliados o se manejará en forma "atomizada" según la conveniencia o "interés nacional?" de los actores. Todo esto ocurre, porque actores como EE.UU. o Japón, o los europeos, se manejan por su interés nacional acorde con un proyecto y con una clara visión de lo que ocurre en el sistema internacional y cómo incidir en él o mejor protegerse de las situaciones que pueden perjudicarlos. Por lo tanto siguen la estrategia "atomizadora" o "integracionista" según les convenga.

²⁸ A México no le queda otra alternativa, ya que, de hecho, está "integrado" en un 60% de su comercio y economía en general a EE.UU.

Las fuerzas armadas latinoamericanas experimentan una “devaluación política” ya que el combate del narcotráfico puede realizarse con grupos policiales especializados. Además, experiencias como las de Malvinas (1982) y del Gral. Manuel A. Noriega (1989), confirmaron en el “*establishment*” de EE.UU. la percepción de que los militares latinoamericanos no son confiables.

El presidente norteamericano Bill Clinton durante su segunda presidencia, a fines de los años noventa, lanzó una nueva idea de estrategia regional en el orden económico y comercial a la que denominó Asociación de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que como ya hemos visto procura el establecimiento de una ZLC desde Alaska hasta Tierra del Fuego.

Corolario: Como reflexión, sobre fines de la última década del siglo se puede afirmar que el sistema internacional no cambió de “*estado*” sino que se ha desintegrado y nos encontramos en una etapa en la que no hay viejo sistema, ni nuevo sistema. En otras palabras, no hay un cambio de “*estado*” del sistema, sino un cambio “*de*” sistema.

Recién ahora se empieza a privilegiar los análisis de los segmentos “*financiero-comercial-industrial-científico-tecnológico*” en el marco de las Relaciones Internacionales.

Los *cambios profundos* que se han dado en los años noventa se han manifestado en el sector transnacional que logró un gran predominio de las relaciones mundiales, favorecido por la finalización de la pugna Este-Oeste.

Estas nuevas situaciones, son acompañadas de fenómenos tales como la reestructuración del Estado, el predominio del sector privado en el desarrollo de las principales actividades que anteriormente se consideraban como exclusivas e incluso excluyentes del Estado.

Los grandes cambios que se gestan en el sistema mundial, el desarrollo tecnológico y el ingreso al capitalismo mundial de la mano de obra barata asiática —1.400 millones de chinos que cobran un promedio de 370 dólares anuales— contribuye a la desocupación en todo el mundo, incluyendo el mundo industrializado, y genera importantes conflictos sociales.

El sudeste asiático, donde vive más de un tercio del mundo, con un acelerado crecimiento económico, pasa a ser un actor principal en las nuevas formas del mundo. Las grandes corporaciones internacionales se instalan en esa región por la mano de obra barata y las facilidades que otorgan sus gobiernos. Pero estos aspectos positivos no lograron evitar crisis financieras y de ajustes económicos que repercu-

tieron en las bolsas internacionales (efecto arroz). La importancia de la región quedó también evidenciada con la visita de Clinton a China, donde el 27 de junio de 1998 firmaron un acuerdo de 47 puntos destinado a prevenir la carrera de armamento nuclear y de misiles en el sur de Asia y promover la solución pacífica de los conflictos en la región. Se trataba de una clara alusión a la competencia que en materia de ensayos nucleares realizaron dos semanas antes la India y Pakistán, dos países de la región que no habían adherido al TNP.

Todos estos fenómenos recaen en una América Latina desarticulada e incapaz de adoptar decisiones a nivel regional. Los esfuerzos de los países del Cono Sur para afrontar esta crisis se han materializado en el Mercosur, aún cuando su accionar se encuentra trabado —en más de una ocasión— por conflictos de intereses contrapuestos de los países integrantes. La crisis del arroz impactó fuertemente en Brasil, país para el que se programó una acción de salvataje entre el Banco Mundial, el FMI y EE.UU. por un monto aproximado de U\$S 28.000 millones.

147. Globalización²⁹

El fin de la guerra fría inaugura el comienzo de un nuevo ciclo histórico que reconocemos con el nombre de globalización o mundialización que, partiendo de lo económico-financiero fue paulatinamente envolviendo las esferas de lo político y lo cultural.

“Por sobre la multivocidad del vocablo —señala Kofman— y del debate interminable que ha suscitado, cabe entender por globalización la multiplicidad de vinculaciones e interconexiones que trascienden a la Nación-Estado —y a sus sociedades—, que configuran el nuevo sistema mundial y el proceso a través del cual eventos, decisiones y actividades que se producen en una parte del mundo pueden llegar a tener consecuencias significativas para individuos y comunidades en partes muy distantes del globo.”³⁰

Según Peter Drucker en los Estados se observa una tendencia a

²⁹ Delfico, Alberto, “Globalización, flexibilización, corrupción, y con la gente ¿qué hacemos?”, Ed. Bonari, Buenos Aires, 1995.

³⁰ Kofman, E. y Youngs, G.: *Globalization, Theory and Practice*, Londres, 1996. Citado por Enrique N. Zuleta Puceiro en “El Estado en la Aldea Global”, Edit. Asoc. Bancos Rep. Arg., p. 4.

mundialización y comprender y luego analizar sus efectos más nocivos con esfuerzos convergentes para organizar y repartir mejor los esfuerzos de seguridad, intervenir sin cesar. Dieciocho acciones de la ONU están en curso en la actualidad con fuerzas armadas nacionales en conflictos locales cuyas causas y síntomas escapan a cualquier solución militar, y no hace más que agregar “guerra a la guerra”. La situación en la que nos encontramos nos obliga a imaginar otros métodos y otras soluciones”.³⁸

c) *Economía*: Según Roberto Miranda: “Mientras la globalización es un rasgo vertical de las relaciones de poder mundial en tanto la conducción y recursos diferenciadores se localizan en los países hiperdesarrollados, el regionalismo —en cambio— tiende a la horizontalidad a través del agrupamiento de Estados ricos y Estados de menor desarrollo”.³⁹

Globalización y regionalismo son dos caras de un mismo proceso.

Aldo Ferrer advierte sobre los efectos perniciosos que provocan en la economía la ficción globalizadora por un lado y la visión fundamentalista por el otro. Dice que “la ampliación de los mercados y las transferencias internacionales de recursos generan potencialmente, formidables fuerzas de expansión de la producción, el empleo y el bienestar. No obstante, librados a sus propias fuerzas, los mercados contribuyen a profundizar las asimetrías prevalecientes en el orden mundial”, y agrega que “el desarrollo descansa, ante todo, en factores endógenos tales como la modernización del Estado, la estabilidad institucional, los equilibrios macroeconómicos, los incentivos para la inversión privada y la capacitación de los recursos humanos. Nada de esto puede importarse ni delegarse en el liderazgo de los agentes transnacionales”.⁴⁰

En otras palabras; es el Estado el que debe ver en qué forma se compatibilizan los compromisos internacionales con los intereses nacionales.

³⁸ Gral. Eric P. de la Maissonneuve, ¿Fuerzas Armadas en un mundo globalizado? El Estado en la Aldea Global, p. 147.

³⁹ Roberto Miranda, Relaciones Internacionales, N° 13, p. 181 y sig. Editada por el Instituto de Relaciones Internacionales —UNLP—, 1997.

⁴⁰ Aldo Ferrer: “Hechos y Ficciones de la globalización”, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1998, ps. 45/49.

d) Enfoques: El derrumbe del muro de Berlín y la ulterior disgregación de la Unión Soviética abrió una serie de interrogantes sobre la evolución del mundo político, económico y cultural que recibieron respuestas distintas.

Francis Fukuyama nos planteó en su célebre libro el fin de la historia entendiendo como tal el hecho de que el triunfo del sistema capitalista y del mercado en el mundo harían que la humanidad en el futuro se dedique a la ciencia, la técnica y la economía en un monótono acontecer donde la política y los conflictos tienden a desaparecer. La guerra del Golfo Pérsico en 1991 obligó a una revisión de lo allí expresado.

Samuel Huntington sostiene la hipótesis de que “la fuente fundamental del conflicto... no será básicamente ideológica o económica. Las grandes divisiones de la humanidad así como las fuentes dominantes del conflicto serán culturales. El Estado-Nación seguirá siendo el actor más poderoso en los asuntos mundiales, pero los principales conflictos de la política mundial ocurrirán entre naciones y grupos de civilizaciones diferentes. El choque de civilizaciones dominará la política mundial. Las líneas de falla entre las civilizaciones serán las líneas de batalla del futuro”.⁴¹ Para este autor ahora es más significativo agrupar a los países, no en términos de sus sistemas políticos o económicos o en términos de su nivel de desarrollo sino más bien en términos de su cultura y civilización. Por otro lado, refleja una tendencia visible en la cultura estratégica norteamericana de dividir al mundo en condenados y privilegiados, buenos y malos, réprobos y elegidos. Sin embargo al término de su libro reconoce que no habrá una civilización universal sino un mundo de diferentes civilizaciones, cada una de las cuales tendrá que aprender a coexistir con las otras.

Dallanegra Pedraza al analizar el nuevo orden mundial, sostiene que desaparecido un orden, no emerge uno nuevo en forma inmediata y automática. Se da un complejo proceso que requiere bastante tiempo para que nazca el nuevo orden y se consolide. Durante el tiempo que transcurre entre la decadencia de un orden y la emergencia de uno nuevo deben resolverse una buena cantidad de temas no tanto en términos institucionales como en los hechos que están vinculados a las relaciones entre los Estados. Entre estos y otros actores internacionales

⁴¹ Samuel P. Huntington, “El choque de las civilizaciones y la reconsideración del orden mundial”, Edic. Paidós, Bs. As., 1997.

como los organismos internacionales, las empresas multinacionales, las organizaciones gubernamentales, etc.

Los megatemas del año 2000 son los distintos problemas inherentes a la globalización que por un lado hace del mundo una aldea y por otro asiste a la fragmentación de pueblos. El proceso de reestructuración del Estado debe afrontar el deterioro de sus distintas funciones, por efecto del orden interno y de la corrupción o por la acción de agentes transnacionales espúeos como el narcotráfico. Además incide el aumento de las relaciones transnacionales entre el Estado y la banca, los fondos de inversión, las ONG; el conflicto Norte (industrializado) y Sur (subdesarrollo); el problema de los derechos humanos; el de la ecología y del medio ambiente. El tema del desempleo que recuerda las severas palabras del Papa Juan Pablo II en la 50 Asamblea de la ONU (1995) donde instaba a “abandonar el cinismo paralizante de los gobiernos” frente a los problemas que vive la sociedad, aludiendo a que la causa no está en el desarrollo tecnológico o en los cambios que vive el mundo, sino en la falta de compromiso de los gobernantes con sus pueblos. Cierra su análisis con la pérdida de validez de creencias y valores tradicionales, sin emergencias de creencias y valores alternativos apropiados, con el agravante que no existen actitudes, testimonios o conductas ejemplares desde arriba.⁴²

e) *El hombre en la globalización*: ¿Cuál es la situación del hombre en “este mundo moderno que aparece a la vez, poderoso y débil, capaz de lo mejor y de lo peor, pues tiene abierto el camino para optar entre la libertad o la esclavitud, entre el progreso o el retroceso, entre la fraternidad y el odio”? ¿Está en sus manos el dirigir correctamente las fuerzas que ha desencadenado y que pueden aplastarle o servirle?

Víctor Massuh comenta que “La globalización cobra forma a través de un fenómeno tecnológico previo que se dio en llamar la *“abolición de la distancia”*. La revolución producida por la técnica de la comunicación, desde la cibernética a la computación, la telemática, Internet, los bancos de datos y la realidad virtual, terminó aboliendo no sólo la distancia *espacial* sino también el *tiempo*... Se despoja al espacio de cualidades accidentales, rasgos peculiares, distancias; y al tiempo de las tres dimensiones del flujo de la conciencia: pasado, presente y futuro. Ambos dejan de ser modos de percibir la diversidad del mundo,

⁴² Gaudium et Spes - Doc. Concilio Vaticano II - art. 9 - in fine - 1965.

que viene a ser reemplazada por el reino de lo homogéneo. La consecuencia es mayúscula: un observador instalado en cualquier punto del globo puede gozar la ubicuidad plural y simultánea... puede estar al mismo tiempo en todas partes y mantener con sus interlocutores un diálogo abierto en direcciones infinitas. Es omnipresente. Podemos pensar esta condición privilegiada de dos maneras: que el ser humano se instala en el mundo porque es su verdadera patria o que, por el contrario, es un sin patria en el mundo. Esta antinomia resume la grandeza y la miseria de la globalización".⁴³

f) *Corolario*: La influencia y la utilidad del conocimiento de las relaciones internacionales en la comprensión del derecho internacional sirve para analizar un caso tan tocante al sentir nacional como es el caso Malvinas. Juan Carlos Puig, analizó la guerra de 1982. Las falencias de la inserción internacional del país en esa época quedó en evidencia ante el contradictorio accionar del propio gobierno militar que se mostró ultra alineado con EE.UU. y contrario al Tercer Mundo en la etapa anterior al 2 de abril de 1982, dando un giro de 180° al advertir nuestra soledad ante el primer mundo, durante las hostilidades. La guerra y sus secuelas demostró que sólo recibimos apoyo de carácter político de los países de América latina y de los No Alineados. En materia de comercio exterior, tropezamos con las sanciones impuestas por los miembros de la OTAN, incluido los Estados Unidos —pese a los intentos mediadores de Hay y la Comunidad Europea— por lo que en los años siguientes a la guerra las principales corrientes de nuestros intercambios se dirigieron a los países socialistas y latinoamericanos.

Las consecuencias de esa mala apreciación del cuadro de situación en el que se encontraba Argentina antes y durante la guerra, produjeron un mal resultado en la votación del CS que aprobó las Resoluciones 502 y 503.⁴⁴ Puig también señalaba que de nada vale una adecuada percepción de la realidad sin recursos de poder, que apunten la posición de aquella parte en el conflicto que quiere reformar el *status quo*.

Esos mismos criterios realistas que propone el método tridimensional permiten analizar la etapa actual de nuestras relaciones con Gran Bre-

⁴³ Víctor Massuh, "Globalización y multiculturalismo", en *El Estado en la Aldea Global*, p. 154.

⁴⁴ Sobre el tema hemos abordado sus consecuencias jurídica sen la Sección XIII sobre Territorio Argentino.

taña y la cuestión pendiente de soberanía sobre las Islas, después de la visita de Menem a Londres, y la conclusión es que el acto de reconciliación entre los dos pueblos era un paso sin el cual no se podía profundizar las negociaciones y orientarlas hacia el tema de la soberanía.

148. Una vuelta de página en la relación bilateral argentino-británica

La visita del presidente argentino Carlos Menem al Reino Unido, tuvo la trascendencia de producir ante ambos pueblos la reconciliación efectiva después de la Guerra de 1982. El acto de reconciliación tuvo lugar en la Catedral de San Paul. Como dijo el canciller británico Robin Cook, “nadie pudo dudar de que este hecho marcó el final de un capítulo y el principio de otro entre el Reino Unido y la Argentina”, destacando la actitud valerosa del presidente Menem al poner el tema de la reconciliación como eje central de su visita.⁴⁵

Según la opinión inglesa, en el Reino Unido la imagen de la Argentina ha mejorado significativamente. El pueblo británico sabe ahora que la Argentina, tiene una democracia floreciente con una economía estable y en crecimiento.

En la reunión sostenida entre el presidente Menem y el primer ministro inglés Tony Blair, ambos jefes de Estado trataron los temas acordados en la agenda referidos al mejoramiento de la relación bilateral. También se habló de las Malvinas. Menem expresó claramente la posición argentina respecto del Atlántico Sur y Blair expuso la posición británica.

En cuanto a la relación comercial, el año último el comercio bilateral ascendió a 1.000 millones de dólares, de prácticamente nada diez años atrás.⁴⁶

⁴⁵ Estaba destinado a ser un tema difícil. Los ánimos podían aún exaltarse. Ver comentario de Robin Cook a la visita de Menem en diario La Nación, 31-10-98, p. 9.

⁴⁶ Los británicos beben más vino argentino que en ningún otro lugar del mundo. Este comercio crea puestos de trabajo y prosperidad para miles de argentinos. El comercio se desarrolla en ambos sentidos. Los consumidores argentinos pueden comprar productos británicos, desde automóviles Rover hasta chocolate Cadbury. El secretario de Estado para Comercio e Industria encabezó una importante misión comercial a la Argentina en busca de aumentar aún más la cooperación comercial.

La relación bilateral también se aprecia en la labor desempeñada por ambas naciones en los organismos internacionales como las Naciones Unidas, en pro del mantenimiento de la paz.⁴⁷ No es extraño que nos acerquemos tanto y tan pronto. Existe una larga tradición de alianzas entre ambos. Desde la independencia argentina, el Reino Unido ha tenido un activo papel en la historia de nuestro país.

También se trataron dos temas muy ligados a la explotación de los recursos naturales de las islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur. Existieron conversaciones directas sobre la ley de petróleo y la de pesca que se encuentran en estos momentos en el Congreso argentino. El primer ministro Blair pidió a Menem que no se adopten las sanciones previstas en esas leyes contra las empresas de terceros países que operaran en el Atlántico Sur con autorización del gobierno de las islas.

Resultados de la visita: La importancia que la prensa le dio al viaje del presidente Menem, permite concluir que la iniciativa presidencial dejó instalado el tema Malvinas en la opinión pública de Gran Bretaña. Esto le permitirá a Blair un mayor margen de maniobra para buscar una forma de negociación.

La delegación argentina también logró que en la declaración conjunta se formulara en forma expresa un reconocimiento a las Naciones Unidas.⁴⁸ Además, Menem pidió el cumplimiento de la resolución del Comité de Descolonización de las Naciones Unidas que insta a la negociación sobre las islas. Otros temas que fueron tratados exitosamente fueron: el embargo de armas, ya que Menem le pidió a Blair se deje sin efecto la medida porque Argentina en el estado actual no puede ser colocada en un plano de igualdad junto con Irán y con Iraq. También se logró la promesa de un cambio de actitud e inclusive de apoyo a que la Argentina se convierta en la sede permanente del Tratado Antártico.⁴⁹ Al pedido argentino, el canciller británico le fijó

⁴⁷ Los soldados británicos y argentinos trabajan conjuntamente en las fuerzas de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas en Chipre. El jefe del Estado Mayor de Defensa británica tratará con sus colegas argentinos. Embajadores argentinos y británicos han trabajado juntos en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ambos países han condenado juntos las pruebas nucleares en la India y Paquistán.

⁴⁸ Blair se negó a hacer una referencia puntual a la Resolución 2065 de la AG de la ONU.

⁴⁹ Gran Bretaña es el único país que se opone al establecimiento de la sede del Tratado Antártico en Buenos Aires.

una condición: la desmilitarización de las bases argentinas de la Antártida.⁵⁰ Con relación al desminado de las islas, los ingleses anunciaron que realizarán un estudio de factibilidad de la oferta argentina para financiar el levantamiento de las minas plantadas en las islas Malvinas durante la guerra. Finalmente, en materia de comunicaciones, Menem ofreció el restablecimiento de los contactos entre las islas y el continente.

149. El caso Pinochet a la luz de las relaciones internacionales

Los aspectos políticos del juicio a Pinochet enfrentaron a Chile con España y con Gran Bretaña. Los chilenos, salvo los grupos defensores de los derechos humanos y la ultraizquierda, se mostraron unidos en su reclamación de jurisdicción sobre el caso, ya que los delitos que se le imputan al ex gobernante fueron cometidos en Chile.⁵¹ El presidente Frei reclamó a los países europeos intervinientes el respeto por la soberanía y la independencia chilena, destacando el daño que se produciría en la sociedad chilena si se continuaba exacerbando los ánimos. El caso también dividió a la opinión pública latinoamericana, ya que algunos países se inclinaron por apoyar la posición del gobierno chileno, manteniendo el respeto de no intervenir en los asuntos internos de un Estado, mientras que otros consideraban justo el enjuiciamiento a Pinochet.

La relación argentino-chilena pudo sortear las dificultades que presentó la situación. En efecto, a raíz del pedido expreso de Pinochet a su amiga Margaret Thatcher para que intercediera a favor de su libertad, se puso en evidencia ante el mundo la desleal cooperación de su gobierno con Inglaterra durante la Guerra de las Malvinas, en una actitud sin duda hostil contra nuestro país. La firmeza del presidente Menem en respaldar la hermandad alcanzada entre ambos países que

⁵⁰ El ministro de Defensa, Jorge Domínguez, explicó que las bases si bien son administradas por militares y se encuentran en el área administrativa de su Ministerio, tienen como única finalidad la investigación científica. Ante la objeción de Robin Cook, Menem anunció que manejará el Plan Antártico fuera del ámbito del Ministerio de Defensa, desde la presidencia y privilegiando el trabajo científico.

⁵¹ La izquierda oficialista, a la que se sumaría el Partido Comunista, quiere iniciar un movimiento que concluya con un efectivo proceso a las violaciones de los derechos humanos, pero ante tribunales chilenos, y derogar la amnistía de 1978. Diario La Nación, 31-10-98, p. 4.

- To 1989: An Assessment". *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- "América Latina y la Comunidad Económica Europea", Monte Ávila Editores. Caracas, 1984.
- AMUCHASTEGUI ASTRADA, ARMANDO: "Argentina, Chile, Controversia y Mediación" Bs. As., 1981.
- AMUCHASTEGUI DE GARCÍA: "La Responsabilidad Internacional del Individuo". *Anuario del Seminario Permanente de Profundización de Derecho Internacional Público*. Universidad Nacional de Córdoba, 1992.
- ANNAN, KOFI: "Transición y Renovación". Naciones Unidas. Nueva York, 1997.
- ANTOKOLETZ, DANIEL: "Tratado de Derecho Internacional Público". T I, II, III, Ed. La Facultad. Bs. As., 1951.
- Anuario de Derecho Internacional Público, Volumen I*, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales, Universidad de Bs. As.
- Anuario de las Naciones Unidas sobre Desarme, Volumen 19*, 1994. Naciones Unidas, Nueva York, 1995.
- ARANGIO-RUIZ: (Relator Especial). "Tercer informe sobre la responsabilidad de los Estados" Relator, AG de las Naciones Unidas.
- ARBUEY VIGNALI Y OTROS: "Mercosur, Balance y Perspectivas". IV Encuentro Internacional de Derecho para América del Sur: El Desarrollo de la Integración hacia el Siglo XXI. Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- ARBUEY VIGNALI, HEBER: "La Solución de Controversias en El Mercosur. Un Aspecto Esencial aún por Resolver". *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación*, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- ARCOS VARGAS, MARICURZ: "El Reconocimiento de Estados: Nuevos aspectos de la Institución tras las Declaraciones de los Doce respecto de las Antiguas Repúblicas Yugoslavas", *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Tº II, Madrid, 1994.
- ARDAO, ARTURO: "Genesis de la Idea y el Nombre de América Latina". Venezuela, 1980.
- ARÉVALO DE RUIZ DÍAZ, ROSA MARÍA: "Derecho Industrial...", en *El Mercosur. Libro Homenaje Asociación Argentina de Derecho Internacional*. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- ARGAÑARÁS CASTILLO, LUIS: "La Energía Atómica y El Derecho Interna-

- cional. Anuario Del Seminario Permanente de Derecho Internacional Público. Año 1992. Departamento de Graduados y Cs. Sociales de La Universidad de Córdoba.
- ARMAS BAREA, CALIXTO: "Derecho Internacional Público y Derecho Interno: Nuevo Criterio de la Corte Suprema Argentina". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- ARROYO, IGNACIO: "Anuario de Derecho Marítimo". "La Zona Económica Exclusiva". Vol. VIII.
- ASAMOAH, OBED: *The Legal Significate Of The Declarations Of The General Assembly Of The United Nations*. Martinus Nijhoff The Hague, 1966.
- Asociación Argentina de Derecho Internacional, "El Derecho Internacional en La Argentina 25 Años de Aportes" (1968-1993). Córdoba, 1993.
- Asociación Argentina de Derecho Internacional, "Jornadas Latinoamericanas sobre la Antártida". Rosario, 1986.
- AZCÁRRAGA, LUIS: "Derecho Internacional Marítimo", Ediciones Ariel. Barcelona, 1970.
- BACCARO CASTAÑEIRA, PABLO: "Integración en América Latina. Propuestas de Vías de Acción." VIIIº C. Ord. y IIº Congreso Argentino de Derecho Internacional (La Plata), 1985. Sec. D.Integr.
- BACH, LUIS: "El Pacto Andino y la Integración Latinoamericana". Tierra Nueva S.R.L. Bs. As., 1976.
- BAENA SOARES, JOA CLEMENTE: "La Organización de los Estados Americanos y su Presencia en la República Argentina". Bs. As., 1992-1993.
- Ballesteros Jesús, "Derechos Humanos". Ed. Tecnos. Madrid, 1992.
- BAQUERO LAZCANO, EMILIO-BAQUERO LAZCANO, PEDRO E.-CARUBINI, DELIA BEATRIZ-BAQUERO LAZCANO, HORACIO (H): "Tratado de Derecho Internacional Público Profundizado", Marcos Lerner Ed. Córdoba, 1993.
- BAQUERO LAZCANO, PEDRO ENRIQUE: "Instituciones Humanistas de Derecho Internacional Público", Universidad Nacional de Córdoba, 1979.
- : "La Declaración Argentina de Nulidad del Laudo Ingles sobre el Beagle", Cordoba, 1981.
- : "Problemática Jurídico Internacional del Río Paraná". Córdoba, 1982.
- BARBERIS, JULIO A.: "Fuentes del Derecho Internacional". Editora Platense. Bs.As. 1973.

- : “Sujetos del Derecho Internacional Vinculados a la Actividad Religiosa.” Anuario de Derecho Internacional Público, Volumen I, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad de Bs. As.
- : “Un Precedente poco Conocido sobre la Aplicación del *uti Possidetis* a un Río Limítrofe que Cambia de Curso”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- : “Formación del Derecho Internacional”, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma. Bs. As., 1994.
- BARBERIS, JULIO-PIGRETTI EDUARDO: “Régimen Jurídico del Río de la Plata”, Ed. Abeledo Perrot. Bs. As., 1969.
- BARBOZA, JULIO: “La Responsabilidad ‘Sine Delicto’ en el Derecho Internacional”, Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº II. Madrid, 1994.
- BARDONNET, DANIEL: “Quelques Observations Sur Le Principe de Proportionalité en Droit International Public”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- BARRERA, NICASIO: “Una Propuesta Metodológica Unitiva en Derecho Internacional.” IX C. Ord. y IIIº C Arg. (Tucumán).
- BASÍLICO, ERNESTO: “Sobre el Canal Beagle y las Islas Litigiosas” Bs. As., 1974.
- BASZ, VICTORIA: “El Rol del Derecho Internacional Privado en la Integración Latinoamericana.” C. Extra. (Rosario), 1992.
- BAXTER, R. R.: “Vías Acuáticas Internacionales - Leyes, Instituciones y Control” México, 1967.
- BEDJAOU, MOHAMED: “Pour Un Nouvel Ordre Économique International”. Unesco, 1980.
- : “Le Statut de La Glace en Droit International”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- BELTRAMINO, JUAN CARLOS M.: “Como Negociar Internacionalmente”. Abeledo Perrot. Bs. As., 1994.
- BENEDETTO, CONFORTI: “Derecho Internacional”. Ed Zavalía. Bs. As., 1995.
- BIANCHI, ANDRÉS: “América Latina - Ensayo de Interpretación Económica”. Ed. Universitaria. Chile, 1969.
- BIDART CAMPOS, GERMAN J.: “Tratado Elemental de Derecho Contitucional Argentino”, tomo VI, Ed. Ediar, Bs. As., 1997.

- BIDART CAMPOS, GERMÁN (coordinador): "Economía, Constitución y Derechos Sociales" Ed. Ediar. Bs. As., 1997.
- BIOCCA, STELLA MARIS: "Ley y Tratado. Modificación del Tratado por Ley Posterior". I C. Ord. (Mendoza), 1971.
- : "Las Relaciones Internacionales: Globalización, Política y Economía. Relaciones Del Mercosur con Nafta y Unión Europea". Libro Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- BLOCH, ROBERTO-IGLESIAS DANIEL: "Solución de Controversias en el Mercosur", Ed. Ad-Hoc. Bs. As., 1995.
- BLOCH, ROBERTO D.: "Las Economías Regionales y el Comercio Internacional". Ed. Ad-Hoc. Bs. As., 1997.
- BLUMKIN, SILVIA: "Recursos del Mar y del Espacio. Régimen Jurídico". VIII C. Ord. y II Congreso Argentino de Derecho Internacional. (La Plata), 1985. Sec. D. Espacial.
- BOERSNER, DEMETRIO: "Relaciones Internacionales de América Latina". Ed. Nueva Imagen. México, 1982.
- BOGGIANO, ANTONIO: "Derecho internacional Privado". T. I, II. Abeledo Perrot. Bs. As., 1991.
- : "Introducción al Derecho Internacional", La Ley. Bs. As., 1995.
- : "Derecho Internacional y Derecho de las Relaciones entre los Ordenamientos Jurídicos". La Ley. Bs. As., 1997.
- BOLOGNA, ALFREDO BRUNO: "Conflicto Honduras El Salvador". Ed. Tierra Nueva S.R.L. Bs. As., 1967.
- : "Antártida. Aspectos Jurídicos y Políticos de la Explotación de los Recursos Naturales." Vb C. Ord. San Juan, 1979. R.R.I.I.
- : "Los derechos de la República Argentina sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur (San Pedro) y Sandwich del Sur. La situación actual del litigio. Ed. Ediar, Bs. As., 1987.
- : "La política exterior del gobierno de Menem", Ed. CERIR, Rosario, Arg., tomo I, 1994; tomo II, 1998.
- BORGE, TOMÁS: "Torrijos". Ed. Cartago. Bs. As. 1986.
- BORON, ATILIO A.-JULIO FAÚNDEZ (compiladores): "Malvinas Hoy. Herencia de un Conflicto". Ed. Puntosur. Bs. As., 1989.
- BOSCOVICH, NICOLAS: "Geoestrategia de la Cuenca del Plata". El Cid Editor. Bs. As., 1979.
- BOUTROS-GHALI: "Memoria, sobre la Labor de La Organización del Cuadragésimo Séptimo al Cuadragésimo Octavo Período de Sesiones de La Asamblea General. NU, 1993.
- : "Enfrentando Nuevos Retos". Naciones Unidas. Nueva York, 1995.

- : “Un Programa de Desarrollo” Documentos de las Naciones Unidas 1995.
- : “Un Programa de Paz” Documentos de Las Naciones Unidas, 1995.
- : “Consolidación de la Paz y el Desarrollo”. Publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas.
- BOUZAS, ROBERTO-RUSSELL, ROBERTO (org.): “Globalización y regionalismo en las Relaciones Internacionales de Estados Unidos”. ISEN, Bs. As., 1996.
- BOWETT, DEREK: “Collective Secucity And Collective Self Defence: The Errara And Risks In Identification”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- BROWNLIE, LAN: “The Sources Of The Law Governing Maritime Delimitation”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- BUERGENTHAL, THOMAS: “Manual de derecho Internacional Público”, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- BURELLI RIVAS, MIGUEL ANGEL Y OTROS: “El Universo Amazónico y La Integración Latinoamericana”. Universidad Simon Bolivar Instituto de Altos Estudios de América Latina. Impresos Urbina, Venezuela, 1983.
- CABALLERO CARRIZOSA, ESTEBAN - VIAL, ALEJANDRO: “El Poder Legislativo en El Cono Sur”, Paraguay, 1994.
- CAFLISH, LUCIAS: “The Dellimitation Of Marine Spaces Between States With Opposite Or Adjacent Coasts”. Anuario de Derecho Internacional Público Volumen I, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad de Bs. As.
- CAFLISH, LUCIUS: “Valeur Et Effet Des Déclarations Failtes Par Lea Judges Ou Arbitres Internationaux”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- CAHIER, PHILLIPE: “Le Projet de Cede Des Crimes Centre La Paix Et La Sécurité de L’humanité de La Commission Du Droit International”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- CALCEGLIA, INÉS M.: “La Resolución de Controversias en el Esquema de Integración. El Caso del Mercosur”. La Ley, 1995.
- CAMINOS, HUGO: “La Legitimidad Democrática en el Sistema Interame-

- ricano: Un Nuevo Marco Jurídico para la Cooperación entre los Organismos Regionales y Las Naciones Unidas". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- CANCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO: "La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Final del Siglo". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- CARABUNI, BEATRIZ DELIA: "El Desarrollo Cultural de Los Pueblos". Horacio Helias Editora. Córdoba, 1993.
- CARASALES, JULIO CÉSAR: "El Desarme de Los Desarmados". Editorial Pleamar. Bs. As., 1987.
- CARDOSO-KIRSCHBAUM-VAN DER KOY: "Malvinas la Trama Secreta", Sudamericana Planeta, Buenos Aires, 1983.
- CARDOZO, FERNANDO HENRIQUE Y FALETTO, ENZO: "Dependencia y Desarrollo en América Latina". Siglo XXI, 1974.
- CARLOMAGNO, ROBERTO BARTOLOMEO: "Coexistencia Pacífica y Guerra Fría." I C. Ord. (Mendoza), 1971. R.R.I.I.
- CARREAU, DOMINIQUE: "Droit International". Ed. Pedone. París, 1986.
- CARRILLO SALCEDO: "Soberanía del Estado y Orden Internacional". Ed. Tecnos. Madrid, 1969.
- CARTILHA DO MERCOSUL: "Comissao Parlamentar Conjunta Do Mercosul". Secao Brasileira, 1992.
- CARUBINI, DELIA BEATRIZ: "Responsabilidad Actual de los Pueblos Iberoamericanos". Anuario del Seminario Permanente de Profundización de Derecho Internacional Público. Universidad Nacional de Córdoba, 1992.
- : Teoría General del Derecho Internacional Público. Anuario del Seminario Permanente de Derecho Internacional Público. Año 1992. Departamento de Graduados y Cs. Sociales de La Universidad de Córdoba.
- CARVOUNIS, CHRIS-CARVOUNIS BRINDA: United States Trade And Investment In Latin America "Opportunities For Busines In The 1990". London, 1992.
- Casos Prácticos de Derecho Internacional Público "Departamento de Derecho Internacional Público y Privado de La Universidad de Zaragoza", Zaragoza, 1997.
- CASSESE, ANTONIO: "Self-Determination Revisited". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.

- CASTELLI, MARÍA E.: "Protección Jurídica Del Patrimonio Cultural de La Humanidad" Bias Editora. Bs. As., 1987.
- CASTRO, FIDEL: "Nada Podrá Detener la Marcha de la Historia" Entrevista concedida a Jeffrey y Mervin Dymally. Temas Económicos, Políticos e Históricos. Ed. Política. Cuba, 1985.
- CAUBET, CRISTIAN: "As Grandes Manobras de Itaipu". Ed. Académica. Sao Paulo 1991.
- CLAUDE, RICHARD P. (Ed.): Edisar S.R.L., 1976.
- COCCA, ALDO ARMANDO: "La Enseñanza e Investigación del Derecho Espacial." Iº C. Ord. (Mendoza), 1971. D.Espacial. Asociación Argentina de Derecho Internacional "El Derecho Internacional en la Argentina 25 Años de Aportes" 1968-1993). Córdoba, 1993.
- : "Convenio Sobre Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales." Iiq C.Ord. (Tucumán), 1973. Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- : "Aprovechamiento de la Energía en el Espacio Ultraterrestre." IVº C. Ord. (Santa Fe), 1977. Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- : "Solución de Controversias en El Derecho Espacial" Córdoba, 1981.
- : "Las Organizaciones no Gubernamentales y las Fundaciones ante el Derecho Internacional", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 6 Madrid, 1986.
- : "Contaminación Terrestre por Actividades Espaciales". Xº C.Ord. y IVº C. Arg. (Buenos Aires), 1989. Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- : "Los Derechos de la Humanidad en el Sistema Jurídico Internacional", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. IX. Madrid, 1991.
- : "Decenio del V Centenario de los Derechos del Hombre, de los Pueblos, de las Naciones y de la Humanidad", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº II, Madrid, 1994.
- : "Beneficios y Prospectiva del Humanismo en las Naciones Unidas". Libro Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Anuario Argentino de Derecho Internacional". Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- COLAUTTI, CARLOS E.: "El Pacto de San José de Costa Rica - Protección a los Derechos Humanos". Lerner Editores Asoc. Buenos Aires, 1989.
- COLECCIÓN TIEMPO LATINOAMERICANO: "América Latina. El Pensamiento de la Cepal". Ed. Universitaria S.A. Bs. As., 1969.

- COMBELLA, RICARDO (coord.): "El nuevo derecho constitucional latinoamericano", Vol. II, Venezuela, 1996.
- CONESA, EDUARDO: "El Proceso de Integración en América Latina en 1980". Intal Bs.As., 1981.
- Conferencia Mundial de los Derechos Humanos. Naciones Unidas. Nueva York, 1995.
- CONFORTI, BENEDETTO: "Derecho Internacional". Ed. Zavalía. Bs. As., 1995.
- CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES: "Las Relaciones Argentino Chilenas". CARI, Bs. As., 1995.
- CONSEJO ARGENTINO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES, Relaciones Argentino Chilenas "Malvinas Georgias y Sandwich Del Sur" T. I, II. CARI Bs. As., 1983.
- CORTIER, PETER Y OTROS: "América Latina y Europa en el Debate Estratégico Mundial". Ed. Legasa, 1987.
- COSTA MÉNDEZ, NICANOR: "Malvinas esta es la Historia". Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993.
- COSTA PODESTA, L.A.; RUDA, JOSÉ MARÍA: "Derecho Internacional Público". Tipografía Editora Argentina. Bs.As., 1979.
- CUERVO, CÉSAR: "Problemas de Extradición". IIº C. Ord. (Tucumán), 1973.
- Curso de Derecho Internacional. Organizado por el Comité Jurídico Interamericano. OEA Washington, 1985.
- CHALITA, GRACIELA: "Enseñanza -Aprendizaje del Derecho Internacional. Técnicas de Participación Activa del Grupo". VIIIº C. Ord. y IIº Congreso Argentino de Derecho Internacional. (La Plata), 1985.
- CHIESA, NELLY: "Regulación Jurídica del Aprovechamiento Hidroeléctrico en los Ríos Internacionales". C. Ord. (Mendoza), 1971. D.I.P. y en El IIº C.Ord. (Tucumán), 1973.
- CHILD, JACK: "Present Trends In The Interamerican Security System And The Role Of The Rio Treaty. Anuario Jurídico Interamericano, 1983. Organización de Los Estados Americanos. SG. Washigton, D.C., 1983.
- CHOLVIS, FRANCISCO: "Cambios de Estructura en América Latina". Cuenca Ediciones. Bs. As., 1973.
- CHRITOPHER SWINARSKI: "Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana "Comunitario". Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José, Costa Rica, 1991.
- DA FONSECA GLENDA-WALDO VILLALPANDO: "Defensa de los Derechos Humanos" Impresiones Schmidel. Bs. As., 1976.

- DALLANEGRA PEDRAZA, LUIS: "Sistema Económico Latino Americano su Efectividad Como Instrumento de Integración". Vº C. Ord. San Juan, 1979.
- , "Los Países del Atlántico Sur - Geopolítica de la Cuenca Del Plata" Ed Pleamar. Bs. As., 1983.
- : "Teoría de las Relaciones Internacionales en El Mundo de Los Estados en Vías de Desarrollo." VIIIº C. Ord. y IIº Congreso Argentino de Derecho Internacional. (La Plata), 1983.
- : "El orden mundial del siglo XXI", Edic. de la Universidad de Buenos Aires, 1998.
- DE GASTON, ALERTO SEVE: "Los Tratados Ejecutivos en la República Argentina". Ed Depalma. Bs. As., 1970.
- DE LA BALZE, FELIPE A.M.Y OTROS: "Argentina y Brasil: Enfrentando el Siglo XXI" Abra- CARI. Bs. As., 1995 .
- DE LA GUARDIA, ERNESTO-DELPECH, MARCELO: "El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969. La Ley Bs. As., 1970.
- DELFIKO, ALBERTO: "Argentina, América Latina y las Multinacionales", Ed. El Condor, Ecuador, 1981.
- : "Globaliación, Flexibilización, Corrupción y ¿con la gente qué hacemos? Hugo Bonan Ediciones, Bs. As., 1995.
- DE VOOGD L. CLARET: "La Organización Mundial y la Paz". Bibliográfica Omeba. Bs. As., 1970.
- DEL CARRIL, BONIFACIO: "El Futuro de las Malvinas". Emecé Editores. Bs. As., 1982.
- DEL CASTILLO DE LABORDE, LILIANA C.: "Los Recursos Naturales Compartidos". VIIº C.Ord. y Iº Congreso Argentino de Derecho Internacional. (Rosario), 1983.
- DESTEFANI LAURIO H.: "Manual de las Malvinas". Ed Corregidor. Bs. As., 1984.
- DEVAGLIA DE SÁNCHEZ FREYTES, ADELA: "Derecho Internacional Público y su Relación con el Derecho Interno y/o Constitucional. Anuario del Seminario Permanente de Derecho Internacional Público. Año 1992. Departamento de Graduados y Cs. Sociales de la Universidad de Córdoba.
- DÍAZ LOZA, FLORENTINO: "Geopolítica para la Patria Grande". Ed. Temática S.R.L. Bs. As., 1983.
- DÍAZ DE GARCÍA, LUCIANA: "El Tratado Antártico, Alternativas a partir de 1991." X C.Ord. y IVº C. Arg. (Buenos As. Res), 1989.
- : "La Enseñanza del D.I.P. en U.N.T.: Contenido Programático y su Utilización. Propuesta de Enfoque Interdisciplinario." IX C.Ord. C. Arg. Tucumán, 1987.

- DIEZ DE VELASCO, MANUEL: "Instituciones de Derecho Internacional Público" T I. II. Ed. Tecnos. S.A Madrid., 1984.
- : "Las Organizaciones Internacionales". Ed. Tecnos. Madrid, 1997.
- DINSTEIN, YORAM: "Self-Determination Revisited". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- DO NASCIMENTO E SILVA, GERALDO: "Responsabilidade Internacional em Virtude de Poluicao Transfronteira", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº II. Madrid, 1994.
- DOEHRING, KARL: "Diplomatic Protection And Non-Governmental Organizations". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- DOMINICÉ, CHRISTIAN DE: "La Réparation Constructive Du Préjudice Immatériel Souffert Par Un État". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- DREYZIN DE KLOR, ADRIANA: "El Mercosur: Generador de una Nueva Fuente de Derecho Internacional Privado". Ed. Zavalía. Bs. As., 1997.
- DRNAS DE CLEMENT, ZLATA: Enseñanza - Aprendizaje del Derecho Comunitario en América. XI C. Ord. y Vº C. Arg. (Córdoba), 1991.
- DRNAS DE CLEMENT, ZLATA: Metodología de la Inserción de los Derechos Castellano, Indiano e Indígena de América (Rosario), 1992.
- DROMI-EKMEKDJIAN-RIVERA: "Derecho Comunitario - Régimen Del Mercosur". Ediciones Ciudad Argentina. Bs. As., 1995.
- DRUCKER, PETER: "Sociedad poscapitalista", Ed. Sudamericana, Bs. As., 1993.
- DUARTE PEREIRA, OSNY: "La Seudo - Rivalidad Argentino-Brasileña - Pro y Contra de Itaipu" Ed. Corregidor. Bs. As., 1975.
- DUPUY, PIERRE MARIE: "Théorie Des Sources Et Coutume en Droit International Contemporain". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- EGUIZABAL, CRISTINA: "América Latina y La Crisis Centroamericana: en Busca de Una Solución Regional". Grupo Editor Latinoamericano. Colección Estudios Internacionales. Bs. As., 1988.
- EISMANN, PIERRE - COUSSIRAT COUSTERE, VICENT - HUR, PAUL: "Petit Manuel de La Jurisprudence de La Cou Internationale de Justice". Editions A. Pedone Paris, 1984.

- El Derecho Internacional en los Congresos Ordinarios de la AADI. Córdoba, 1991.
- ENRIQUEZ GAMÓN, EFRAIN: "Itaipú: Aguas que Valen Oro" Ed. Guadalupe. Bs. As., 1975.
- ESPECHE GIL, MIGUEL ANGEL: "Ilicitud del Alza Unilateral de los Intereses de La Deuda Externa", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 9. Madrid, 1991.
- ESQUIVEL, JULIO: "La Argentina ante la Integración Económica Latinoamericana". Ed. Albatros. Bs. As., 1979.
- Estudios e Investigación "Documento Sobre El Conflicto Argentino Chileno en La Zona Austral". Congreso de la Nación. Dirección de Información Parlamentaria". Bs. As. Noviembre de 1984.
- Every One's United Nations - A Handbook On The United Nations Its Structure And Activities" Naciones United, 1979.
- FENWICK, G.: "Derecho Internacional". Ed. Bibliografía Omeba. Bs. As. 1963.
- FERME, EDUARDO LEOPOLDO: "La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos en el Derecho Internacional Privado".
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE, CARLOS - QUEL, FRANCISCO J.: "Las Naciones Unidas y El Derecho Internacional". Ed. Ariel. Bs. As., 1997.
- FERNÁNDEZ, FELIX - BALDASANO, SHAW: "Del Descubrimiento al Encuentro: Las Cumbres Iberoamericanas", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº 11 Madrid, 1994.
- FERRE VIEYRA, ENRIQUE: "Temas de Derecho y Política Internacional". Ediciones Indice. Bs. As., 1986.
- : "Cronología Legal Anotada Sobre la Cuestión Malvinas". Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1985.
- : "Problemática Jurídica de las Malvinas y de la Antártida Argentina". Córdoba, 1982.
- FERRER, ALDO: "Hechos y ficciones de la globalización", Ed. CFE, México, 1994.
- : "Historia de la globalización", Ed. CFE, México, 1996.
- FERRER, MANUEL AGUSTO: "Matrícula y Registro de Objetos y Vehículos Espaciales". IIIº C. Ord. (Corrientes), 1975.
- : "La Sociedad Humana en el Espacio Ultraterrestre. V9 C. Ord. (San Juan), 1979.
- : "Comunicaciones por Satélites", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 9. Madrid, 1991.
- : "Satélite Doméstico" (Rosario), 1992.
- FERRO B., SUSANA - SANTAMARÍA, GILBERTO: "Mercosur: Aspectos Tri-

- butarios del Proceso de Integración Latinoamericana". Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 1995.
- FLORES, MARÍA DEL LUJÁN: "Algunas Reflexiones en Torno a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- FRANK, THOMAS M.: "Ozone Depletion And Global Warming: Instantes Of Fairness In International Law". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- FRIAS O VALLE, JOSÉ: "La Guerra y El Derecho de Gentes". Madrid, 1974.
- FRIAS ASLURRALDE, BENJAMÍN: "Derecho Internacional Público y Derecho Nacional - Monismo y Dualismo". Universidad Nacional de Tucumán Facultad de Derecho y Cs. Sociales, 1980.
- FRIEDMANN, WOLFGANG: "La Nueva Estructura del Derecho Internacional", Ed. F. Trillas S.A., México, 1967.
- FURTADO, CELSO: "La Economía Latinoamericana desde la Conquista Ibérica hasta la Revolución Cubana". Editorial Universitaria. Chile, 1969.
- GALEANO PERRONE, CARLOS: "Ordenamiento Jurídico del Mercosur". Intercontinental Editora. Paraguay, 1995.
- GAMIO, JOSÉ MARÍA: "Costumbre Universal y Particular". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- GARAY, JORGE E.: "La Equidad en el Derecho Internacional Público". Anuario Del Seminario Permanente de Derecho Internacional Público. Año 1992. Departamento de Graduados y Cs. Sociales de La Universidad de Córdoba.
- GARCÍA AMADOR, FRANCISCO: "El Derecho Internacional del Desarrollo - Una Nueva Dimensión del Derecho Internacional Económico". Ed. Civitas S.A.. Madrid, 1987.
- : "El TIAR Génesis, Desarrollo y Crisis de un Sistema Regional de Seguridad Colectiva". Anuario Jurídico Interamericano, 1983. Organización de Los Estados Americanos." SG. Washington, D.C., 1983.
- GARCÍA GHIRELLI, JOSÉ: "Repertorio de Jurisprudencia de La Corte Internacional de Justicia". Ed. V. de Zavalía. Bs. As., 1973.
- GARCÍA MARTINEZ: "Estabilidad y Desarrollo en América Latina". Editorial Sudamericana. Bs. As. 1969.
- GARCÍA, EDUARDO AUGUSTO: "Manual de Derecho Internacional Público". Ed. Depalma. Bs. As., 1975.

- GARLOT, GUSTAVO: "De la Jurisprudencia Internacional. Caso Relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teheran". Anuario Del Seminario Permanente de Profundización de Derecho Internacional Público. Universidad Nacional de Córdoba, 1992.
- GIEPIN, ROBERT: "La economía política de las relaciones internacionales", Ed. Gel, Bs. As., 1990.
- GINESTA, JACQUES: "El Mercosur en el Tablero Internacional" "Libro Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional". Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- GOLDSCHMIDT, WERNER: "Derecho Internacional Privado" Ed. Depalma. Bs. As., 1988.
- GONZALES POSSE, E. - BOLOGNESI DROSDOFF, M.C. - ITURRIZA, J.E. - VALENCIANO, E.O.: "La Frontera como Factor de Integración". BID. Ed. Depalma. Bs. As., 1990.
- GONZÁLEZ LAPEYRE, EDYSON: "El Terrorismo y el Derecho Internacional". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- GORDILLO, AGUSTÍN: "Derechos Humanos: Doctrina, casos y materiales". Buenos Aires, 1990.
- GOZAÍNI, OSVALDO A.: "El proceso transnacional", Edit. EDIAR., Bs. As., 1992.
- GRAHAM-YOOL, ANDREW: "Pequeñas Guerras Británicas en América Latina" Ed. Legasa. Bs. As., 1983.
- GRIFERA NAÓN, HORACIO: "Nuevas Orientaciones en Materia de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados". Anuario de Derecho Internacional Público Volumen I, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad de Bs. As.
- GROS ESPIEL, HÉCTOR: "Una Reflexión Sobre el Sistema Regional Americano de Protección de los Derechos Humanos", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº II Madrid, 1994.
- : "Derecho a la Vida y Derecho a Vivir", Anuario Hispano Luso Americano. Vol. VIII. Madrid, 1987.
- : "No Discriminación y Libre Determinación como Normas Imperativas de Derecho Internacional, con Especial Referencia a los Efectos de su Denegación sobre la Legitimidad de los Estados que Violan o Desconocen Otras Normas Imperativas", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 6 Madrid, 1986.

- : “Intervención Humanitaria y Derecho a la Asistencia Humanitaria”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- : “Tratado de Tlatelolco: Algunas Consideraciones sobre Aspectos Específicos”. Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina. México, 1976.
- GROUSSAC, PAUL: “Las Islas Malvinas” Edición Castellana Ordenada por el Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1936.
- GUEGUEN, DANIEL: “Guía de La Comunidad Europea después de Maastricht”. Bosch Casa de. Barcelona, 1993.
- GUGLIAMELLI, JUAN ENRIQUE (Director Revista Estrategia Informe Shackleton): “Relevamiento Económico de las Malvinas” Bs. As., 1976.
- : Director Revista Estrategia Serie Documentos Nro 3 “Arbitraje Sobre el Canal Beagle” Bs. As., 1978.
- : Director Revista Estrategia T.73-74 “La Argentina Peninsular” Bs. As., 1983.
- : “Integración en Europa y América Latina”. Eudeba. Bs. As., 1992.
- GUTIÉRREZ ESPADA, CESÁREO: “El Estado de Necesidad y el Uso de la Fuerza en Derecho Internacional”. Ed. Tecnos Madrid, 1987.
- GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA: “Moderno Derecho Internacional y Seguridad Colectiva” Ed. Zavalía. Bs. As., 1995.
- GUY CAUBET, CHRISTIAN: “O Brasil E A Dependencia”. Ed América. Brasil, 1989.
- GUY, ISAAC: “Manual de Derecho Internacional Comunitario General”. Ed. Ariel S.A Bs. As., 1997.
- HALACJZUK, BODHAN; MOYA DOMÍNGUEZ, MARÍA TERESA: “Aeronaves. Aprehensión Ilícita y Desvío de Aeronaves”. Iº C. Ord. (Mendoza), 1971.
- HELLER, HERMANN: “La soberanía, contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional”. Chile, 1995.
- HERRERA CÁCERES, ROBERTO: “Renovación de Centro América”, Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 6 Madrid, 1986.
- HERREIRA, FELIPE: “América Latina Integrada” Ed. Losada. S.A. Bs. As., 1964.
- HIGHET, KEITH: “The Kurils Quandary”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- HIRST, MÓNICA: “La Política Exterior de Brasil en dos Tiempos”. Libro

- Homenaje a Asociación Argentina de Derecho Internacional. "Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- HITTERS, JUAN CARLOS: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Edit. EDIAR, Bs. As., 1991.
- HOLGUIN, CARLOS: "El TIAR y la Solución Pacífica de las Controversias en el Sistema Interamericano". Anuario Jurídico Interamericano, 1983. Organización de los Estados Americanos. Secretaría General. Washington, D.C., 1983.
- HOOFT, EDUARDO: "Los Problemas Pesqueros Regionales Argentinos y el Derecho Internacional Público." VIº C. Ord. (Mar Del Plata), 1981.
- HOROWITZ, IRVIN L.: Revista Argentina de Relaciones Internacionales "El Concepto de Desarrollo Internacional", Bs. As., 1980.
- HUNTINGTON, SAMUEL P.: "El choque de civilizaciones", Ed. Paidós, Bs. A., 1997.
- IANNI, OCTAVIO: "Imperialismo y Cultura de la Violencia en América Latina". Siglo XXI Editores. México, 1970.
- ILLANES FERNÁNDEZ, JAVIER: "El Derecho del Mar y sus Problemas Actuales" Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- Informe de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur. Talleres Gráficos de la Imprenta Del Congreso de la Nación Argentina, 1992.
- Instituto de Relaciones Internacionales "Anuario 1995" Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. La Plata, 1995.
- IZA, ALEJANDRO OMAR: "Solución de Controversia en los Acuerdos de Integración - La Experiencia de la Unión Europea" Editorial de Belgrano. Bs. As., 1997.
- JAGUERIBE, HELIO - HUNTINGTON, SAMUEL - NOGUEIRA BATISTA, PAULO - BRZENZINSKI: "A Nova Ordem Internacional" en Política Externa Vol 1 Nº 1, 1992. Brasil.
- JEAN DUPUY, RENÉ: "La Emergencia de la Humanidad". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- JENNINGS, SIR ROBERTS: "New Problems At The International Court Of Justice". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- JEREZ NOVILLO, PABLO: "Los Estados Provinciales y las Relaciones Internacionales en un Régimen Federal", Anuario del Seminario

- Permanente de Profundización de Derecho Internacional Público. Universidad Nacional de Córdoba, 1992.
- JESSUP, PHILLIPS: "Derecho Transnacional". Ed. F Trillas. México, 1967.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, EDUARDO: Homenaje a "Le Droit International Dans un Monde en Mutation", T I, II. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1994.
- : "Tendencias Actuales Del Derecho Internacional Contemporáneo". Anuario de Derecho Internacional Público Volumen I, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad de Bs. As.
- : "Derecho Internacional Público" T I, II, III, IV. Fundación de cultura universitaria. Montevideo, 1995.
- : "Derecho Constitucional de las Naciones Unidas". Escuela de Funcionarios Internacionales. Madrid, 1958.
- JIMÉNEZ, EDUARDO PABLO: "Los derechos humanos de la tercera Generación -Medio Ambiente, Derechos del usuario y el consumidor, Acción de amparo. Jurisprudencia". EDIAR. Bs. As., 1997.
- JUARÉZ, ZAIDA: "La Problemática Ambiental en el Derecho Internacional y su Conexión con el Derecho Interno". Anuario de Derecho Internacional Público Volumen I, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad de Bs. As.
- JUSTE RUIZ, JOSÉ: "La Equidad en Derecho Internacional Público: Aspectos Actuales", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 9. Madrid, 1991. .
- KALLER DE ORCHANSKY, BERTA: "Manual de Derecho Internacional Privado". Ed. Plus Ultra. Bs. As., 1984.
- KAGER, S.: "Livre Du Centenaire 1873-1973". Evolution Et Perspectives Du Droit International.
- KAPLAN, MARCOS: "Formación Del Estado Nacional en América Latina" Ed. Universitaria. Chile, 1969.
- KELSEN, HANS: "Principios de Derecho Internacional Público". El Ateneo. Bs. As., 1965.
- KENNEDY, PAUL: "Auge y caída de las grandes potencias", Ed. Plaza y Janés, Barcelona, 1988.
- KLAUSEWITZ, KARL VON: "De la guerra", Ed. Mar Océano, Barcelona, 1960.
- KUNZ, JOPSEF: "Del Derecho Internacional Clásico al Derecho Internacional Nuevo". Imprenta Universitaria. México, 1953.
- "La Comisión de Derecho Internacional y su Obra", Naciones Unidas. Nueva York, 196.

- "Las Naciones Unidas y Los Derechos Humanos". Publicación de Las N.U. New York, 1979.
- "La Organización de Los Estados Americanos y Sus Programas en La República Argentina" Representación de La Secretaría General de La OEA en La Rep. Argentina., 1995.
- "La Paz y el Desarme". Investigaciones Científicas. Editorial Progreso. Moscú, 1987.
- LAFER, CELSO - PEÑA, FELIX: "Argentina y Brasil en el Sistema de Relaciones Internacionales". Ediciones Nueva Visión. Bs. As., 1973.
- LAMO DE ESPINOSA, EMILIO: "Política Internacional". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957.
- LANGGUTH, GERARD: El Rol de Alemania Frente a los Nuevos Desafíos de la Política Europea e Internacional.
- LANUS, JUAN ARCHIBALDO: "De Chapultepec al Beagle". Ed Emecé. Bs. As., 1984.
- LAPPENA, IVO: "Conceptions Sovietiques de Droit International Public" Editions A Pedone. Francia, 1954.
- LAREDO, IRIS MABEL: "Medios y Sistemas para la Integración Latino Americana" IIIº C. Ord.. (Corrientes), 1975. Sec... D.Integr.
- : "Los Regionalismos en la Estructura Mundial del Poder". Ediciones Depalma. Bs. As., 1979.,
- : "Acuerdos Argentino - Brasileños de 1986 Sobre Integración y Cooperación Binacional a la Luz de las Disposiciones del Tratado de Montevideo. IXº C. Ord. y IIIº C. Arg. (Tucumán), 1987. D.Integr.
- : "Definición y Redefinición de los Objetivos de la Integración." XI C. Ord. y Vº C. Arg. (Córdoba), 1991. D.I.P.; D. Integr. y R.R.I.I.
- : "La Dimensión Política Del Proceso de Integración Económica con Especial Referencia Al Mercosur". Libro Homenaje a Asociación Argentina de Derecho Internacional. "Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- LAREDO, IRIS MABEL (coord.): "Estado, mercado y sociedad en el Mercosur", Vol. V, Universidad Nacional de Rosario, 1998.
- Las Naciones Unidas en sus 50 Años. "Asistencia Humanitaria, Desarrollo Económico y Social, Derechos Humanos" Publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Nueva York, 1995.
- Las Naciones Unidas en sus 50 Años. "Desarme" Publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Nueva York, 1995.
- Las Naciones Unidas en sus 50 Años. "El Sistema de Las Naciones

- Unidas" Publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Nueva York, 1995.
- Las Naciones Unidas en sus 50 Años. "Paz y Seguridad" Publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas. Nueva York, 1995.
- Las Naciones Unidas y el Desarme, Departamento de Asuntos Políticos y de Asuntos del Consejo de Seguridad. Nueva York, 1977.
- Las Naciones Unidas y el Espacio Ultraterrestre. N.U., 1977.
- Las Naciones Unidas y el Mantenimiento de la Paz. 1993. Nueva York.
- Las Naciones Unidas y el Mantenimiento de la Paz. Nueva York, 1997.
- Las Naciones Unidas: Orígenes, Organización, Actividades. Naciones Unidas. Nueva York 1969.
- Las Naciones Unidas: Orígenes, Organización, Actividades. Resumen de La Actividad de Las Naciones Unidas 1966-1970 Naciones Unidas. Nueva York 1972.
- LAVIÑA, FÉLIX: "Sistemas Internacionales de Protección de Los Derechos Humanos". Ediciones Depalma, 1987.
- LAVINA, FÉLIX - BALDOMER, HORACIO: "Manual de política internacional contemporánea", Ed. Depalma, Bs. As., 1983.
- LEIVA VIVAS, RAFAEL: "Política exterior e interés nacional", Ed. Revista del Diplomático, Bs. As., 1996.
- Libro Homenaje a Asociación Argentina de Derecho Internacional. "Anuario Argentino de Derecho Internacional". Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- LILICH, RICARD B.: "Intervención Humanitaria y Naciones Unidas". Ed. Tres Tiempos. Bs. As. 1975.
- LINARES FLEYTAS, ANTONIO: "Prohibición de La Guerra Ambiental", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 6 Madrid, 1986.
- "Los Problemas de Integración en el Cono Sur". Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Editorial Fraterna S.A., 1993.
- Los Tratados de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre. ONU.
- LUPINACCI, JULIO CESAR: "Los Derechos de Pesca en Alta Mar". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- LLANOS MANSILLA, HUGO: "El Derecho Internacional y la Protección del Medio Marino Contra la Contaminación, Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 6 Madrid, 1986.
- : Las Organizaciones Internacionales como Sujetos del Derecho Internacional, Anuario Hispano Luso Americano. Vol 8. Madrid, 1987.

- : “La Costumbre ante la Corte Internacional de Justicia” Libro Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- LLAVER, MARÍA DEL CARMEN: “Revista Argentina de Relaciones Internacionales. Las Superpotencias y la Política del Poder en el Atlántico Sur” Nro 18. Bs. As., 1980.
- LLOSA, GUILLERMO: “La Defensa Política del Continente y la Seguridad Económica Colectiva”. Anuario Jurídico Interamericano, 1983. Organización de los Estados Americanos. Secretaría General. Washigton, D.C., 1983.
- MACAGNNO, JULIO ARIEL: “Dominio Fluvial y Lacustre, Régimen de Los Ríos Internacionales, Ríos Argentinos.” Universidad Nacional de Córdoba Instituto de Derecho Internacional Público. Cuaderno Nro. 124. Córdoba, 1974.
- MACIEL CORREA MEYER DE RUSSOMANO, GILDA: “A Imunidade de Jurisdição Territorial dos Estados”, Anuario Hispano Luso Americano. Vol 8. Madrid, 1987.
- MALKASSIAN, ROBERTO: “El Funcionario Internacional”. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As., 1980.
- : “Patrimonio Común de La Humanidad y Economía del Espacio”. VIIº C.Ord. y Iº Congreso Argentino de Derecho Internacional. (Rosario), 1983.
- “Malvinas Georgias y Sandwich Del Sur”, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales Tº I, II.
- MANTECA ACOSTA, CARLOS: “Mercosur ¿Integración Formal o Integración Real?. Incasur. Bs. As., 1994.
- MAPELLI, ENRIQUE: “El Concepto Legal de la Aeronave”, Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº II Madrid, 1994.
- : “Una Nueva Etapa del Derecho Aeronáutico”, Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 9. Madrid, 1991.
- : “Sobre Hispana - América”. Ed. Emecé. Bs. As., 1973.
- MAROTA RANGEL, VICENTE: “Sobre la Efectividad de la Justicia en las Relaciones Internacionales”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- : “Naturaleza Jurídica e Delimitacao do Mar Territorial” Sao Paulo. Brasil, 1970.
- MAROUZ, GRACIELA: “Nuevas Experiencias en La Metodología de la Enseñanza e Investigación del Derecho Internacional.” IXº C.Ord. y IIIº C. Arg. (Tucumán), 1987. D.M. y E. Asociación Argentina de

- Derecho Internacional "El Derecho Internacional en La Argentina 25 Años de Aportes" 1968-1993. Córdoba, 1993.
- : "Implicancia de Integración en el Derecho Internacional Privado." XI^o C. Ord... y V^o C. Arg. (Córdoba), 1991.
- MARTI, GRACIELA B.: "Noción de Conflicto en El Mundo Contemporáneo. su Proyección Sobre La Concepción Tradicional de La Seguridad Colectiva e Individual de Los Estados". VI^o C. Ord. (Mar Del Plata), 1981. R.R.I.I. Asociación Argentina de Derecho Internacional "El Derecho Internacional en La Argentina 25 Años de Aportes" 1968-1993). Córdoba, 1993.
- MARTÍNEZ MORENO, RAÚL: "Integración Fronteriza (Zona Noreste Argentina -N.O.A.-)" II^o C. Ord. (Tucumán), 1973. Sec. D. Integr. Asociación Argentina de Derecho Internacional "El Derecho Internacional en La Argentina 25 Años de Aportes" 1968-1993). Córdoba, 1993.
- MCDONALD, R. ST. J.: "The International Court Of Justice And The Security Council Of The United Nations". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, T^o I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- MEDINA, CECILIA Q. (ED.): "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Editado por Cecilia Medina Q., 1990.
- MELO, ARTEMIO LUIS: "La Cuestión Internacional del Canal de Beagle". Ed de Palma. Bs. As., 1979.
- : "Objeto y Método de Las Relaciones Internacionales." III^o C. Ord. (Corrientes), 1975.
- : "Estructura Del Poder en El Sistema Internacional". 1492-1992.C. Extra. (Rosario), 1992.
- MELO FILHO, MUILO: "El Desafío Brasileño". Ed. Pomaire, Bs. As., 1972.
- Mercosul Legislacao E. Textos Básicos. Comissao Palamentar Conjunta Do Mercosul. Senado Federal. Brasil, 1992.
- Mercosur "Perspectiva de Un Bloque Emergente", 1997. Irela.
- MESTRAL, ARMAND DE: "Le Régime Juridique Du Fond Des Mers: Inventaire Et Solutions Possibles". Revue Generale de Droit International Public. Editions A. Pedone. París., 1970.
- METHOL FERRÉ, ALBERTO: "Geopolítica de la Cuenca del Plata". A. Peña Lillo Editor S.R.L Bs. As., 1973.
- MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO: "Introducción al Derecho Internacional Público" Ed. Atlas. Madrid, 1979.
- MOLINARI, DIEGO LUIS: "Orígenes de la Frontera Austral Argentino-Chilena Patagonia, Islas Malvinas y Antártida" Editorial Devenir, Bs. As., 1961.

- MÓNACO, RICARDO: "Observations Sur le Droit Des Peuples Daos la Communauté Internationale". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- MONCAYO, G.R. - VINUESA R.E.. GUTIÉRREZ POSSE H.D.T.: "Derecho Internacional Público". Víctor de Zavalía Editor. Bs. As.1971.
- MONETA, CARLOS: "La Antártida en el Sistema Internacional del Futuro" Grupo Editor Latinoamericano Colección Estudios Internacionales, 1988.
- : "Las Relaciones Comerciales de Asia - Pacífico con América Latina. Posibilidades de Vinculación Intraindustrial." Libro Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- MONETA - TULCHIN KIMBALL Y OTROS: "Geopolítica y Política del Poder en el Atlántico Sur". Editores Pleamar, 1983.
- MONETA, CARLOS Y OTROS: "Geopolítica y Política del Poder en el Atlántico Sur". Editorial Pleamar. Bs. As., 1990.
- MONROY CABRA, MARCO GERARDO: "Solución de Controversias en El Sistema Interamericano". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- MONSANTO, ALBERTO EDUARDO: "Primacía y Efectividad en el Derecho Interno de la Convención de Montego Bay de 1982 Sobre Derecho del Mar". Libro Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- MONTIEL ARGÜELLO, ALEJANDRO: "La Protección de los Derechos Humanos en América y Europa", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº 11 Madrid, 1994.
- : "El Primer Caso de Intervención ante la Corte Internacional", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. IX. Madrid, 1991.
- : "La Corte Suprema en Acción". Librería Editora Platense. Abeledo Perrot. Bs. As., 1989.
- MORENO MARTÍNEZ RAÚL: "La Cuestión Austral", 1981.
- MORENO MARTÍNEZ, ALFREDO: "Fortaleciendo el Asilo Diplomático", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. 9. Madrid, 1991.
- MORENO QUINTANA, LUCIO: "Tratado de Derecho Internacional" T I; II, III. Ed. Sudamericana. Bs. As. 1963.

- MORO, RUBÉN: "La Guerra Inaudita - Historia del Conflicto del Atlántico Sur". Ed Pleamar. Bs. As., 1985.
- MORZONE (H), LUIS ANTONIO: "Manual de Derecho Internacional Público Moderno". T I, II, III Ed. Norte.
- MOYA DOMÍNGUEZ MARÍA TERESA: "Argentina ante el Proceso de Transición de la Integración Latinoamericana." VIº C. Ord. (Mar Del Plata), 1981. Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- : "Los Nuevos Acuerdos de Integración. El Tratado del Mercado Común del Sur." XIº C. Ord. y VIº C. Arg. (Córdoba), 1991. Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- : "El Tratado Antártico, Alternativas a partir de 1991". Xº C.Ord. y IVº C. Arg. (Buenos Aires), 1989. Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- : "Esbozo de una Teoría de las Relaciones Internacionales con Particular referencia a las Relaciones Jurídicas Internacionales" Revista Jurídica de la Asociación de Abogados de Bs. As. Bs. As., 1985.
- : "El Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el Caso de Nicaragua con EEUU". Revista Jurídica de la Asociación de Abogados de Bs. As., 1988.
- : "La Labor del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Recepción del Derecho Ambiental Internacional por la Jurisprudencia Argentina", en Revista Jurídica de la AABA. 1989.
- : "La Argentina ante el Proceso de Transición de la Integración Latinoamericana". Separata del Anuario Argentino de Derecho Internacional, Vol I, 1983.
- Naciones Unidas "Derechos Humanos" Nota Para Oradores. Nueva York, 1993.
- National Academy Of Sciences United States National Committee For Antartic Research. Scar Number 31. Washington, D.C., 1990.
- National Legislation And Trearies Relating To Tha Law Os The Sea. Unites Nations. Nueva York, 1976.
- NIETO NAVIA, RAFAEL: "Los Casos Contra Honduras en La Corte Interamericana de Derechos Humanos". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- NOODT TAQUELA, MARÍA: "Técnicas de Evaluación en el Proceso de Enseñanza" (Buenos Aires), 1989. Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- OEA y su Acción en La Argentina Bs. As., 1991. Representación de La Secretaría General de La OEA.
- OLIVERA, DARIO A.: "Aspectos Sociales y Políticos de la Integración

- Latinoamericana en su Nueva Fase." VIIº C. Ord. y Iº Congreso Argentino de Derecho Internacional. (Rosario), 1983.
- OPPERTI BADAN DIDIER: "Metodología de la Enseñanza del Derecho Internacional. VIIº C.Ord. y Iº Congreso Argentino de Derecho Internacional. (Rosario), 1983.
- ORREGO VICUÑA, FRANCISCO - IRIGOIN BARRENNE JEANNETTE: "La Aplicación de La Zona Económica Exclusiva y El Régimen de La Pesca" Universidad de Chile. Chile, 1982.
- : "La Zona Económica Exclusiva; Régimen y Naturaleza Jurídica en el Derecho Internacional" Ed. Jurídica de Chile. Chile, 1991.
- : "La Zona Económica Exclusiva; Una Perspectiva Latinoamericana" Ed. Patmos Ltda. Jurídica de Chile. Chile, 1982.
- : "New Approaches Under International Law To The Issue Of High Seas Fisheries. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- : "Integración Fronteriza Argentino - Chilena. Iº C. Ord. (Mendoza), 1971. D. Integr. R. Asociación Argentina de Derecho Internacional "El Derecho Internacional en la Argentina 25 Años de Aportes" 1968-1993). Córdoba, 1993.
- : "Metodología de La Integración Jurídica." C. Extra. (Rosario), 1992.
- PALAZZI, RUBÉN OSCAR: "Antártida y Archipiélagos Subantárticos" T.I, II Editorial Pleamar Bs. As. 1884.
- PAOLILLO, FELIPE: "Reclamaciones Colectivas Internacionales: El Caso de los Damnificados por la Crisis del Golfo". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- PARAMO, MAXIMILIANO FRANCISCO: "Argentina y El Pacto Andino". IIIº C. Ord. (Corrientes), 1975.
- PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ: "Curso de Derecho Internacional Público" Ed. Tecnos. Madrid, 1986.
- : "La Protección Internacional de los Derechos Humanos y la Cooperación para el Desarrollo", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº II Madrid, 1994.
- PEIRANO BASSO, JORGE: "Naturaleza y Fundamento del Derecho Internacional Público".
- PELAEZ MARÓN, JOSÉ: "La Evolución del Principio de no Intervención en el Derecho Internacional del Siglo XX", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº I, II Madrid, 1994.
- PELLET, ALAIN: "Quel Avenir Pour Le Droit Des Peuples A Disposer D'eux-Memes?" El Derecho Internacional en un Mundo en

- Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- PENNA MARINO, ILMAR: "Comentários ao Protocolo de Reforma do Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca". Anuario Jurídico Interamericano, 1983. Organización de Los Estados Americanos. Secretaría General. Washigton, D.C., 1983.
- PEREZ DE CUÉLLAR Y OTROS: "Desarrollo del Progreso Internacional". Bs. As., 1991.
- PEREZ GONZALES, MANUEL: "Desafíos del Mercosur". Ediciones Ciudad Argentina. Bs. As., 1997.
- : "Algunas Reflexiones sobre el Derecho al Desarrollo en su Candidatura a Derecho Humano". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- PÉREZ LLANA, CARLOS: "El regreso de la historia", Edit. Sudamericana, Bs. As., 1998.
- PÉREZ MONTERO, JOSÉ: "La Lucha y la Cooperación Internacional contra el Terrorismo", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. IX. Madrid, 1991.
- PFIRTER DE ARMAS, FRIDA M.: "Jurisdicción del Estado sobre el Mar Adyacente. Unidad o Pluralidad de Regímenes." IIIº C. Ord. (Corrientes), 1975.
- : "La Situación Jurídica de La Antártida y El Nuevo Derecho Del Mar".
- PIERROU, ENRIQUE: "La Armada Argentina en la Antártida" Institutos de Publicaciones Navales Bs. As., 1981.
- PIGRAU SOLÉ, ANTONI: "Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia desde la Perspectiva de la Codificación y el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional", Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº II Madrid, 1994.
- PINOCHET DE LA BARRA, OSCAR: "La Antártida Chilena" Editorial Andrés Bello, 1976.
- PINTO, MÓNICA: "La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos". Editores del Puerto S.R.L. Bs. As., 1993.
- : "La Ley Argentina de Nacionalidad. Anuario de Derecho Internacional Público". Volumen I, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad de Bs. As.
- : "Temas de derechos humanos". Editores del Puerto S.R.L. Bs. As., 1998.

- PIÑEIRO, ARMANDO ALONSO: "Historia de la Guerra de las Malvinas". Ed. Planeta. Bs.As., 1992.
- PIOMBO, HORACIO DANIEL: "Teoría General de la Publicidad y Tratados Internacionales" Análisis Normativo Fáctico y Dikelógico". Ed. Depalma Bs. As., 1977.
- : "Validez Formal de Actos Celebrados en Buques Jurisdiccionales de Otros Estados". VIº C. Ord. (Mar Del Plata), 1981.
- PIRIZ BALLON, RAMIRO - ALVAREZ GOYOAGA, GUSTAVO: Algunos Aspectos Jurídicos que se Plantean en Relación con "Un Programa de Paz" Propuesto por el Secretario General de las Naciones Unidas. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- PIZA ESCALANTE, RODOLFO: "La «Opinio Iuris» como Fuente Autónoma del Derecho Internacional", Anuario Hispano Luso Americano. Vol 8. Madrid, 1987.
- PODESTA COSTA, L. A.: "Luchas Civiles y El Derecho Internacional". Bs. As., 1926.
- PORTELA - O'CONNEL: "Malvinas su Advertencia Termonuclear". AZ Editora. Bs. As., 1985.
- PORTER, MICHAEL: "La Ventaja Competitiva de las Naciones". Ed. Vegara. Bs. As., 1991.
- PREMAZZI, ALEJANDRA: "Política Internacional Argentina desde la Óptica del Derecho Internacional". Anuario del Seminario Permanente de Derecho Internacional Público. Año 1992. Departamento de Graduados y Cs. Sociales de la Universidad de Córdoba.
- PREUTER, PAUL: "Derecho Internacional Público". Bosh Casa Editorial. Barcelona., 1962.
- Publicación de las Naciones Unidas "Una Resolución Silenciosa" La Convención de las N.U. Sobre El Derecho del Mar. Nueva York, 1984.
- PUCEIRO RIPOLL, ROBERTO: "El Sistema del Tratado Antártico: Treinta Años y algo más. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- PUIG, JUAN CARLOS: "Les Principes Du Droit International Public Americain" Editions. A. Pedone. París, 1954.
- : "La Antártida Argentina ante el Derecho" Ed. Depalma Bs. As., 1960.
- : "Comentario del Caso Ambatielos - Caso de las Pesquerías" Serie Corte Internacional de Justicia". Ed. Depalma. Bs. As., 1968.
- : "Doctrinas Internacionales y Autonomía Latinoamericana" Institu-

- to de Altos Estudios de América Latina de La Universidad Simón Bolívar. Caracas, 1980.
- : “El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y el Régimen Internacional Contemporáneo. Anuario Jurídico Interamericano, 1983. Organización de los Estados Americanos. SG. Washigton, D.C., 1983.
- : “El Uso de la Fuerza en las Relaciones Internacionales Contemporáneas”. Mundo Nuevo. Año VI Nro 19/22, 1983.
- : “Malvinas y régimen internacional”. Ed. Depalma, Bs. As., 1983.
- : “América Latina: Políticas Exteriores Compartidas”. Grupo Editorial Latinoamericano. Bs. As., 1984.
- QUADRI, RICARDO PEDRO: “La Antártida en la Política Internacional” Editorial Pleamar Bs. As., 1983.
- QUINTEROS MARENGO, ANÍBAL SANTIAGO: “Extradición: Tratados y Convenios”. Ed. Policial. Bs. As. 1985.
- Quiroga, Alberto G., “El caso de las Malvinas desde la Perspectiva del Organo de Consulta del TIAR”. Anuario Jurídico Interamericano, 1983. Organización de Los Estados Americanos. SG. Washigton, D.C., 1983.
- RAMA-MONTALDO, MANUEL: “Acerca de Algunos Conceptos Básicos Relativos al Derecho Penal Internacional y a una Jurisdicción Penal Internacional”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- RAMELLA PABLO A.: “Crímenes Contra la Humanidad”. Ed. Depalma Bs. As., 1986.
- : “Integración Regional y Soberanía Nacional.” Iº C. Ord. (Mendoza), 1971.
- RAPOPORT, MARIO: “El laberinto argentino”, Ed. Eudeba, 1997.
- REBAGLIATI, ORLANDO RUBEN: “La Plataforma Continental”. Ed. Universitaria de Buenos Aires. Bs. As., 1985.
- RENOOVIN, PIERRE: “Historia de las relaciones internacionales”, Ed. Akal, Madrid, 1982.
- Revista de derecho del Mercosur. La Ley, 1997.
- REY CARO, ERNESTO: “La Competencia Legislativa de la Asamblea General de Las Naciones Unidas. Efectos Jurídicos de Las Resoluciones” Universidad Nacional de Córdoba, 1978.
- : “La Protección Internacional Del Medio Ambiente. Realidades y Perspectivas.” Libro Homenaje a Asociación Argentina de Derecho Internacional. “Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.

- : “Contenidos Básicos de los Programas Internacionales Públicos a la Luz de Los Cambios Operados en el Sistema Internacional”. Separata de la Revista de La Facultad. Vol. II Nro. I Año 1994 Nueva Serie. Córdoba.
- : “La Cooperación Argentino - Chilena en Materia de Uso y Aprovechamiento de los Recursos Hídricos Compartidos”, Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Tº II Madrid, 1994.
- : “Mar Territorial y Plataforma Continental”. Bs. As. 1979.
- : “Argentina y los Aspectos Actuales del Derecho del Mar.” IVº C. Ord. (Santa Fe), 1977. D.I.P. Asociación Argentina de Derecho Internacional “El Derecho Internacional en la Argentina 25 Años de Aportes” 1968-1993). Córdoba, 1993.
- : “Argentina y el Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile. Su Proyección Sobre los Espacios Marítimos.” VIIIº C.Ord. y IIº Congreso Argentino de Derecho Internacional. (La Plata), 1985. D.I.P. Asociación Argentina de Derecho Internacional “El Derecho Internacional en La Argentina 25 Años de Aportes” 1968-1993). Córdoba, 1993.
- : “Los Aspectos Actuales del Derecho del Mar y la Argentina.” IVº C. Ord. (Santa Fe), 1977.
- : “Derecho Internacional Ambiental”. Vº C. Ord. (San Juan), 1979.
- : “La Codificación del Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales Para Fines Distintos de la Navegación”. El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- : “El Derecho de los Cursos de Aguas Internacionales”. Universidad de Córdoba, 1986.
- : “Las Reservas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados”. Universidad de Córdoba de 1977.
- RICORD, HUMBERTO E.: “Los Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos, México, D.F, 1970.
- : “El Complot Internacional Contra la Patria en la Guerra de las Malvinas”. Ed. Río Platense. Bs. As., 1982.
- RIZZO ROMANO, ALFREDO: “Pretensiones de Chile sobre el Hielo Continental Patagónico de la República Argentina”. Bs. As.
- : “La inmunidad jurisdiccional de los Estados”, Ed. Eudeba, Bs. As.
- : “Manual de Derecho Internacional Público”. Ed. Plus Ultra. Bs. As., 1981.
- RODRIGUEZ ARIAS, JULIO: “Empresas Multinacionales de Capital Regional en el Proceso de Integración de América Latina.” IVº C. Ord. (Santa Fé), 1977.

- ROHR, LUISA: "El Principio de la Auto-Determinación de los Pueblos en el Derecho Internacional". Anuario de Derecho Internacional Público Volumen I, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad de Bs. As.
- ROJAS, ISAAC FRANCISCO: "Los Intereses Argentinos en la Cuenca del Plata". Ed. Libera Bs. As., 1985.
- ROPKE, WILHELM: "Organización e Integración Económica Internacional". Fomento de Cultura Ediciones. Valencia., 1959.
- ROSENNE, SHABTAI: "Article 59 Of The Statute Of The International Court Of Justice Revisited". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- ROUQUIÉ, ALAIN: "Guerras y paz en América Central", Ed. CFE, México, 1994.
- ROUSSEAU, CHARLES: "Derecho Internacional Público Profundizado". La Ley. Bs. As., 1966.
- : "Derecho Internacional Público" Ed. Ariel. Barcelona, 1957.
- ROZITCHER, LEÓN: "Las Malvinas de la Guerra "Sucia" a la Guerra "Limpia". Biblioteca Política Argentina. Centro Editor de América Latina. Bs. As., 1985.
- RUA BOIERO, RODOLFO - EGUIVAR, LUIS: "Mercosur". La ley, Bs. As., 1991.
- RUBIO GARCÍA, LEANDRO: "Hacia un nuevo Orden Internacional". Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1968.
- RUDA, JOSÉ MARÍA: "Relación Jerárquica entre los Ordenamientos Jurídicos Internacional e Interno: Re Examen de los Problemas Teóricos". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- : "Instrumentos Internacionales". Tipográfica Editora Argentina. Bs. As., 1976.
- RUIZ MORENO: "El Derecho Internacional Público Ante La Corte Suprema" Ed. Universitaria de As. Bs., 1970.
- RUSSELL ROBERTO Y OTROS: "América Latina y la Guerra del Atlántico Sur" Editorial de Belgrano. Bs. As.1984.
- RUZIÉ, DAVID: "Droit International Public" Ed. Moments Dalloz. Paris, 1985.
- SABR, JESÚS: "Estructura Orgánica, toma de Decisiones y Atribuciones de Representación Externa" CARI Adeba., 1993.
- SAHOVIC, MILAN: "Le Droit International Daos un Monde Desequilibrio". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.

- SALAS, GRACIELA R.: "Tratados, Textos y Documentos Internacionales". Dirección General de Publicaciones de la Univ. de Córdoba. Córdoba, 1983.
- SALAS, G.; DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA: "Los Tratados Internacionales y La Constitución Nacional". Marcos Lerner Ed. Córdoba, 1997.
- SALVIOLI, FABIÁN: "Postulados emergentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al Derecho Internacional Público", Ed. Instituto de Relaciones Internacionales, Univ. Nac. de La Plata, Bs. As., 1997.
- SANGUINETTI, JULIO - GUGLIALMELLI, JUAN: "Una Situación Explosiva: la Cuenca del Plata". Ed Tierra Nueva S.R.L. Bs. As., 1974.
- SAN MARTINO DE DROMI, M. LAURA: "De la Nueva Historia del Derecho: a Propósito del Objeto, Método y Fuentes del Derecho del Mercosur". Ed. Ciudad Argentina, 1997.
- SANTAGOSTINO, ANGELO: "L'Integraziones Difficile". Edizione Univopli. Milano, 1987.
- SAPENA PASTOR, RAUL: "Derecho Internacional Privado". Uruguay, 1981.
- SAVID BAS, LUIS IGNACIO: "Medios y Sistemas para la Integración Latinoamericana". III° C. Ord. (Corriente S), 1975.
- SAVID-BAS, LUIS: "Los Sujetos Internacionales en la Evolución del Derecho Internacional." Libro Homenaje a la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- SCILINGO, ADOLFO: "El Tratado Antártico - Defensa de la Soberanía y la Proscripción Nuclear". Librería Hachette S.A. Bs. As., 1963.
- SCHEMAN, RONALD: Revista Argentina de Relaciones Internacionales Nro 18 "La Estructura Del Orden Internacional: La Administración y Cooperación de Organismos" Pág. 27 A 43 Bs. As., 1980.
- SCHILING, PAULO: "El Expansionismo Brasileño". El Cid Editor. México, 1978.
- SCHWEBEL, STEPHEN: Goldberg Variations. "El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación", Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- SÉARA VÁZQUEZ, MODESTO: "Derecho Internacional Público". Editorial Porrúa S.A. M.
- SELA Compilador: "Relaciones Económicas Internacionales de América Latina". Editorial Nueva Sociedad. Venezuela, 1987.
- SEMBEROIZ, EDGARDO: "Manual de Derecho Internacional Público y Principios del Derecho Internacional Humanitario". Copifax. Bs. As., 1996.
- : "Derecho Internacional de la Guerra". Bs. As., 1986.

- SEPÚLVEDA, CÉSAR: "El derecho de gentes y la Organización Internacional en los umbrales del siglo XXI", Ed. CFE, México, 1995.
- Serie de Documentos Sobre Derecho Ambiental "Propuestas de ley Básica de Protección Ambiental y Promoción del Desarrollo Sostenible. Programa de las NU. para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y El Caribe.
- SEVE DE DASTON, ALBERTO: "Actos Jurídicos Internacionales Unilaterales (con Especial Atinencia a los Intereses Marítimos Argentino). (Una Declaración y una Resolución.) II^oC. Ord Mar Del Plata), 1981.
- SILENZI DE SATGNI, ADOLFO: "Las Malvinas y el Petróleo". El Cid Editor. Bs. As., 1982.
- SILVA, HECTOR R.: "La Comunidad Internacional". Ed Depalma. Bs. As., 1984.
- SIMÓ SANTOJA, VICENTE: "El Notariado Latino y la Efectividad de los Derechos Humanos", Anuario Hispano Luso Americano. Vol VIII. Madrid, 1987.
- SOBRINO HEREDIA, JOSÉ MANUEL: "La Intervención de Terceros en el Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, T^o I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- SOHN, LUIS: "Bipartite Consultative Commissions for Preventing And Resolving Disputes Relating Toa International Trade Treaties". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, T^o I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- SORENSE, MAX (Ed.): "Manual de Derecho Internacional Público". Fondo de Cultura Económica. México, 1968.
- SPEZIALE, JOSÉ F.: "Porque son Importantes los Hielos Continentales Patagónicos y el Lago del Desierto". Centro Argentino de Ingenieros Bs. As., 1993.
- STAHNINGER DE CARAMUTI, OFELIA: "El Mercosur en el Nuevo Orden Mundial". Ediciones Ciudad Argentina. Bs. As, 1996.
- : "Integración y Cooperación Argentino-Chilena." X^o C.Ord. y IV^o C. Arg. (Buenos Aires), 1989. D.Integr. Asociación Argentina de Derecho Internacional "El Derecho Internacional en la Argentina 25 Años de Aportes" 1968-1993). Córdoba, 1993.
- STYATAAUW, J.S.D.: "Decisions Of The International Court Of Justice", 1969.
- SUCHARITKUL, SOMPONG: "The Righ To Food And Freedom From Hunger in the Post Sixth Of A Century". El Derecho Internacional en un

- Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- SUNG CHO, KEY: "Derecho Internacional". Ed. de Belgrano. Bs. As., 1997.
- SUY, ERIK: "Le Conseil de Sécurité Et La Frontiere Entre L'Iraq Et Le Koweit". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay 1994.
- TAKAHASHI, KAZUO: "A Nova Ordenm Internacional una Perspectiva Japonesa" Política Externa Vol I Nº 3 1992-1993. Brasil.
- TEMPESTA, GUILLERMO: "Los Tratados Internacionales en la Reforma de la Constitución de 1994". Universidad Nacional de La Plata.
- Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Nueva York 1976.
- TETTAMANTI, PABLO ANSELMO: "Uso de la Fuerza en los Conflictos Internacionales". Ed. Universidad Bs. As., 1995.
- THANT, U.: "La Función del Secretario General". Naciones Unidas Nueva York, 1971.
- TORRES, JORGE: "Derecho Comunitario Americano". XIº C. Ord. y Vº C. Arg. (Córdoba), 1991.
- TORRES, SUSANA: "Relaciones Internacionales en América a la Luz de los Acuerdos de Integración". XIº C. Ord. y Vº C. Arg. (Córdoba), 1991.
- Tratados Internacionales. Ed. Zavalía.1993.
- TRAVASOS, MÁRITO: "Proyección Continental Del Brasil". El Cid Editor. México, 1978.
- : "Derechos Humanos y Derecho Internacional". Editorial Heliasta. Bs. As., 1996.
- : "El Patrimonio Común de La Humanidad en El Nuevo Orden Internacional". Separata de la Revista del Colegio de Abogados de Bs. As. Año 1981. Tomo XII. Nro. 2, Bs. As., 1981.
- : "Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina". Ed. EUDEBA, Bs. As., 1995.
- TRAVIESO, JUAN ANTONIO: "Código de derecho internacional", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998.
- : "Derechos humanos y Derecho internacional", Ed. Heliasta, Bs. As., 1996.
- : "Los Derechos humanos en la Constitución de la República Argentina", Ed. Eudeba, Bs. As., 1996.
- TROIANI, OSIRIS: "Martínez de Hoz en Londres - Operación Malvinas I" El Cid Editor, 1982.
- TRUYOL, ANTONIO: "Fundamentos de Derecho Internacional Público". Ed Tecnos. Madrid, 1970.

- TUNKIN, G.: "Curso de Derecho Internacional Público". T. I, II. Ed. Progreso Moscú. URSS, 1980.
- : "Droit International Public". Editions Pédone. Paris, 1965.
- : "Internacional Law in the XX Century". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- United States Antarctic Research Report to the Scientific Committee on Antarctic Research (Svar) Number 31, 1989. Washington D.C. Enero de 1990.
- URIONDO DE MARTINOLI, AMALIA: "Solución de Controversias". Libro Homenaje a A Asociación Argentina de Derecho Internacional. Anuario Argentino de Derecho Internacional. Número Extraordinario. Córdoba, 1996.
- URRUTIA, FRANCISCO: "Derecho de La Integración Latinoamericana". Ed. Depalma. Bs. As., 1969.
- VACHINO, JUAN MARIO: "La Dimensión Parlamentaria de los Procesos de Integración Regional" T.I,II. Ed. Depalma. Bs. As., 1990.
- VALENCIANO, EUGENIO; BOLOGNESI-DROSDOFF MARÍA. C.: "Nuevas Perspectivas de las Fronteras Latinoamericanas". BID -Intal. Bs. As., 1991.
- VALTICOS, NICOLÁS: "L'urgence Progressive de L'individu Comme Sujet Du Droit International". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- VARGAS C ARREÑO, EDMUNDO: ¿Dónde Encontrar el Fundamento de la Obligatoriedad del Derecho Internacional? El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- VICENT R. J.: "No Intervención y Orden Internacional". Ed. Marymar. Bs. As., 1976.
- VIEIRA, MANUEL: "Derecho Internacional Privado Marítimo". VIº C. Ord. (Mar Del Plata), 1981. Sec. D.L. Priv. Asociación Argentina de Derecho Internacional "El Derecho Internacional en la Argentina 25 Años de Aportes" 1968-1993). Córdoba, 1993.
- VIGNES, DANIEL: "Communautés Européennes Et Union Européenne: Trinité Des Structures Et Unité Des Institutions Établies Par Le Traité de Maastricht". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- VILLAGRÁN KRAMER, FRANCISCO: "Actos Convencionales y no Convencionales: Ratificación Aquiescencia y Estoppel". El Derecho Interna-

- cional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- VILLEGAS OSIRIS, G.: "La Propuesta Pontificia y el Espacio Nacional Comprometido". Ed. Pleamar. Bs. As., 1982.1997.
- VINUESA, RAÚL: "Prorroga de Jurisdicción: Garantía del Estado y Renuncia al Derecho de la Inmunidad Soberana en el Ordenamiento Jurídico Argentino". Anuario de Derecho Internacional Público Volumen I, 1981. Instituto de Derecho Internacional Público. Facultad de Derecho y Cs. Sociales Universidad de Bs. As.
- WEIL, PROSPER: "Droit Des Traités Et Droit de la Responsabilite". El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación, Tº I, II. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994.
- WESTERMEYER, WILLIAM E.: "The Politics Of Mineral Resource Development In Antártica" Alternative Regimesfor The Future", 1984.
- WILLAMS, SILVIA MAURREN: "El Sistema Marítimo Internacional por Satélites." VIº C. Ord. (Mar del Plata), 1981.
- WILLAMS, SILVIA MAURREN: Radiodifusión Directa Por Satélites. IXº C.Ord. y IIIº C. Arg. (Tucumán), 1987.
- WIONCZEK, MIGUEL: "Integración de América Latina: Experiencias y Perspectivas" Fondo de Cultura Económica. México, 1964.
- WOLF, ERIK: "El Problema del Derecho Natural". Barcelona, 1958.
- YTURRIAGA, JOSÉ A.: "El Sobrevuelo por los Estrechos Utilizados para la Navegación Internacional." Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional Vol. IX. Madrid, 1991.
- ZELADA CASTEDO, ALBERTO: "Derecho de la Integración Económica Internacional". Ed Depalma. Bs. As.1989.
- ZORRAQUIN BECÚ RICARDO: "Inglaterra Prometió Abandonar las Malvinas" Ed. Platero S.R.L. Bs. As., 1982.

INDICE

Notas del editor a la segunda edición.....	11
Prólogo a la tercera edición	15
Abreviaturas	21

CAPÍTULO I MARCO DOCTRINAL

SECCIÓN I: INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

1. Elementos de una metodología jurídica general	25
2. Particularidades del derecho internacional	30
A. <i>Análisis de las particularidades</i>	30
a) <i>Fuentes</i>	30
b) <i>Normas</i>	30
c) <i>Sujetos</i>	32
d) <i>Organos</i>	33
B. <i>Primitivismo y otras particularidades</i>	36
3. Problema metodológico de la ciencia del derecho inter- nacional:	
A. <i>Negación del derecho internacional</i>	38
B. <i>Definición del derecho internacional público</i>	39
C. <i>Defensa de la doctrina Trialista</i>	40
D. <i>Del pensamiento de Korovin a la Perestroika</i>	42

SECCIÓN II: DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

4. Doctrina	46
<i>Consideraciones actuales sobre la relación entre el dere- cho nacional e internacional</i>	47
5. Valores y realidades	48
6. Derecho positivo	50
A. <i>La Constitución argentina y la reforma de 1994</i>	52
B. <i>Facultad de las provincias para celebrar tratados</i> ...	57

SECCIÓN III: FUENTES

7. Generalidades	60
------------------------	----

8. Fuentes formales:	
A. <i>Derecho consuetudinario:</i>	
a) <i>Concepto y características</i>	62
b) <i>Formación</i>	64
c) <i>Costumbre regional y local</i>	66
d) <i>Derecho consuetudinario desde la perspectiva del</i> <i>consensualista</i>	66
e) <i>El ius cogens</i>	68
B. <i>Derecho convencional:</i>	
a) <i>Concepto</i>	69
b) <i>Particularidades de los tratados</i>	70
c) <i>Codificación</i>	70
d) <i>Relaciones entre el derecho consuetudinario y el</i> <i>convencional</i>	71
C. <i>Principios generales del derecho:</i>	
a) <i>Lo cierto y lo controvertido</i>	76
b) <i>Principios generales</i>	76
c) <i>Principios del d.i.</i>	78
d) <i>Repercusión del pluralismo jurídico</i>	78
D. <i>Equidad</i>	79
E. <i>Fuentes que emanan de las organizaciones interna-</i> <i>cionales</i>	82
F. <i>Valor jurídico de las resoluciones de las organiza-</i> <i>ciones internacionales</i>	83
G. <i>Nuevas formas de gestación de fuentes internacio-</i> <i>nales</i>	85
H. <i>Jerarquización de las fuentes</i>	86
9. Medios auxiliares	87
A. <i>Jurisprudencia</i>	87
B. <i>Doctrina</i>	90
10. Derecho internacional universal y particular:	
A. <i>Conceptos</i>	91
B. <i>Problema de la existencia del derecho internacional</i> <i>americano</i>	92
SECCIÓN IV: TRATADOS Y ACTOS UNILATERALES	
11. Generalidades	95
A. <i>El derecho de los tratados y la Convención de Viena</i> <i>de 1969</i>	96
B. <i>Alcance del concepto</i>	97
C. <i>Nomenclatura y clasificación</i>	99
D. <i>Tratados solemnes. Acuerdos en forma simplificada</i>	100

E. <i>Tratados bilaterales y multilaterales</i>	101
12. Celebración y entrada en vigor:	
A. <i>Fases</i>	103
B. <i>Negociación</i>	104
C. <i>Ratificación</i>	105
D. <i>Registro</i>	108
E. <i>Reservas</i>	108
13. Aplicación e interpretación:	
A. <i>Aplicación</i>	110
B. <i>Terceros estados</i>	111
C. <i>Interpretación</i>	113
14. Nulidad, terminación, suspensión.....	116
A. <i>Derecho imperativo</i>	116
B. <i>Vicios de consentimiento</i>	119
C. <i>Terminación y suspensión</i>	121
D. <i>Imprevisión</i>	121
E. <i>Procedimiento</i>	122
F. <i>La cláusula de la Nación más favorecida</i>	123
G. <i>Tratados celebrados entre Estados y organizaciones internacionales o entre dos o más organizaciones internacionales</i>	124
15. Actos unilaterales	126

CAPÍTULO II SUJETOS Y ORGANOS

SECCIÓN V: SUJETOS

16. Generalidades:	
A. <i>Un concepto controvertido</i>	135
B. <i>Tipificación de los sujetos</i>	136
a) <i>Sujetos del d.i. y del derecho privado</i>	136
b) <i>Sujetos activos y pasivos</i>	136
c) <i>Sujetos de derechos o deberes únicamente</i>	137
d) <i>Originarios, admitidos posteriormente y creados</i>	137
e) <i>Perennes, transitorios y efímeros</i>	137
f) <i>Sujetos del d.i. consuetudinario y del convencional</i>	137
g) <i>Sujetos de derechos común y particular</i>	138
C. <i>Pluralización de los sujetos del derecho internacional</i>	138
17. El estado:	
A. <i>Concepto</i>	138

B. <i>Soberanía</i>	141
C. <i>Estados perpetuamente neutrales</i>	143
18. Asociaciones interestatales:	
A. <i>Generalidades</i>	145
B. <i>Unión personal y unión real</i>	146
C. <i>Vasallaje, protectorado y cuasiprotectorado</i>	147
D. <i>Commonwealth</i>	148
E. <i>Subjetividad internacional</i>	150
19. Entidades no estatales:	
A. <i>Iglesia Católica</i>	150
B. <i>Mandato y fideicomiso</i>	153
C. <i>Soberana Orden de Malta</i>	157
D. <i>El comité internacional de la Cruz Roja</i>	157
E. <i>Territorios internacionalizados</i>	159
F. <i>Nuevos sujetos de d.i.</i>	159
20. Organizaciones internacionales y supranacionales.....	162
a) <i>Organizaciones no gubernamentales</i>	164
b) <i>Las ONG como sujeto de Derecho Internacional</i>	164
21. Sujetos contravertidos:	
A. <i>Nación</i>	165
B. <i>Empresas multinacionales</i>	167
SECCIÓN VI: ORGANOS ESTATALES	
22. Organos centrales.....	171
23. Representantes diplomáticos:	
A. <i>Servicios diplomáticos: jerarquía</i>	173
B. <i>Tareas</i>	176
C. <i>Inmunidades diplomáticas: secuestro</i>	177
D. <i>Comienzo y término de la misión diplomática</i>	182
24. Cónsules:	
A. <i>Generalidades</i>	185
B. <i>Tareas</i>	186
C. <i>Inmunidades consulares</i>	187
D. <i>Comienzo y fin de la misión consular</i>	188
SECCIÓN VII: DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ESTADOS	
25. Concepto y controversia doctrinal:	
A. <i>Doctrina</i>	189
B. <i>Intentos de su implementación en el derecho positivo</i>	190
26. Derecho a la igualdad:	
A. <i>Desarrollo</i>	192
B. <i>Problemática actual</i>	193

27. Derecho a la independencia	194
<i>El derecho a la no intervención y la Doctrina Monroe</i>	196
28. Derecho a la autonomía constituyente	199
29. Derecho a la soberanía sobre los recursos naturales	203
<i>Doctrina Drago</i>	204
30. Derecho a la autodeterminación	209
A. <i>Evolución del principio de la libre determinación</i> <i>de los pueblos</i>	212
B. <i>Otros derechos de los pueblos</i>	214
SECCIÓN VIII: DINÁMICA DEL ESTADO	
31. Creación:	
A. <i>Introducción</i>	220
B. <i>Aspecto fáctico</i>	220
C. <i>Aspecto normativo</i>	222
32. Extinción	223
33. Problema de la continuidad	226
34. Cambios internos	228
35. Sucesión	230
A. <i>Población</i>	231
a) <i>Sucesión respecto a la nacionalidad de los habi-</i> <i>tantes del territorio</i>	232
b) <i>Sucesión en la calidad de miembro de una orga-</i> <i>nización internacional</i>	233
B. <i>Bienes y deudas</i>	233
C. <i>Tratados</i>	238
D. <i>La Convención de Viena sobre la Sucesión de</i> <i>Estados en materia de Tratados (1978)</i>	239
E. <i>La Sucesión de Estados después de la desaparición</i> <i>del sistema bipolar</i>	241
F. <i>Codificación del tema la sucesión de Estados y sus</i> <i>efectos sobre la nacionalidad de las personas natu-</i> <i>rales y jurídicas</i>	242
SECCIÓN IX: RECONOCIMIENTO DE LOS NUEVOS ESTADOS	
36. Reconocimiento: institución de un derecho primitivo	245
37. Reconocimiento ante la institucionalización del dere- cho internacional	248
38. Interpretaciones del reconocimiento	251
A. <i>Político y jurídico</i>	251
B. <i>Constitutivo y declarativo</i>	252
39. Sujetos del reconocimiento	253

40. Criterios del reconocimiento	255
A. <i>Efectividad y estabilidad</i>	256
B. <i>Legitimidad</i>	256
41. Reconocimiento de hecho	256

SECCIÓN X: RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS

42. Gobierno de hecho ante el derecho interno y el internacional	259
43. América latina	261
44. Viejo Mundo	266
45. Condición jurídica de un gobierno no reconocido	267
46. Gobierno de hecho local	270
47. Estados fraccionados	271
48. Gobiernos exiliados	272

CAPÍTULO III
COMPETENCIAS

SECCIÓN XI: TERRITORIO

49. Soberanía territorial:	
A. <i>Gradación de la competencia territorial</i>	277
B. <i>Interpretaciones doctrinarias de la soberanía territorial</i>	278
C. <i>Restricciones generales</i>	280
D. <i>Condominio</i>	281
50. Soberanía territorial sin supremacía o con supremacía restringida:	
A. <i>Modalidades</i>	281
B. <i>Ocupación militar</i>	282
C. <i>Arriendo de bases estratégicas</i>	283
D. <i>Cesiones disfrazadas</i>	284
E. <i>Capitulaciones</i>	285
51. Delimitación	287
A. <i>Títulos</i>	287
B. <i>Procedimientos</i>	290
C. <i>Trazado de las fronteras:</i>	
a) <i>Criterios</i>	291
b) <i>Demarcación</i>	292
c) <i>Jurisprudencia</i>	292
d) <i>Cambios territoriales acordados por convenios</i>	296

SECCIÓN XII: TERRITORIO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA	
52. Fronteras establecidas definitivamente.....	298
53. Conflicto de límites con Chile	303
A. <i>La cuestión del canal del Beagle</i>	305
B. <i>Nuevos límites con Chile: el tratado de Paz y Amistad de 1984</i>	313
C. <i>Laguna del Desierto</i>	313
D. <i>Los hielos continentales</i>	315
a) <i>El acuerdo de 1991</i>	316
b) <i>Conclusiones</i>	316
54. Antártida Argentina, Malvinas e Islas del Atlántico Sur	317
A. <i>El régimen jurídico de la Antártida</i>	320
B. <i>El funcionamiento del sistema del tratado antártico</i>	323
C. <i>Islas Malvinas</i>	324
a) <i>La guerra. Las negociaciones posteriores. Estado actual</i>	328
b) <i>Islas Malvinas y la libre determinación de los pueblos</i>	331
c) <i>Sinopsis</i>	332
d) <i>Los argumentos británicos</i>	338
e) <i>Argumentos ingleses que favorecen los derechos argentinos</i>	339
f) <i>La reconciliación Argentino-Británica</i>	340
SECCIÓN XIII: COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE TERRITORIOS	
55. Introducción	341
56. Ríos internacionales:	
A. <i>Navegación:</i>	
a) <i>Definición</i>	342
b) <i>Desarrollo histórico</i>	342
c) <i>Régimen actual general</i>	343
d) <i>Régímenes particulares</i>	345
B. <i>Régimen jurídico de la Cuenca del Plata</i>	350
C. <i>La hidrovía</i>	353
D. <i>Energía hidroeléctrica y riego</i>	353
E. <i>Codificación sobre el derecho de los usos de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación</i>	362
57. Comunicación ferroviaria:	
A. <i>Objetivos</i>	363
B. <i>Normas</i>	364

58. Comunicaciones por carretera	365
59. Correo y telecomunicaciones	366

SECCIÓN XIV: MAR

60. Conceptos generales:	
A. <i>Fuentes</i>	370
B. <i>División del mar</i>	371
61. Aguas interiores	374
62. Mar territorial. Zona contigua. Zona Económica Excluyente:	
A. <i>Extensión</i>	376
B. <i>Derecho de paso inocentes (acceso)</i>	377
C. <i>Zona contigua</i>	378
D. <i>Zona económica exclusiva</i>	379
63. Estrechos y canales:	
A. <i>Generalidades</i>	382
B. <i>Estrechos</i> :	
a) <i>Estrecho de Magallanes</i>	384
b) <i>Estrecho de Tirán</i>	384
C. <i>Canales</i> :	
a) <i>Canal de Panamá</i>	385
b) <i>Canal de Suez</i>	387
c) <i>Canal de Kiel</i>	388
64. Alta mar, plataforma continental y fondos marinos	388
A. <i>Acceso</i>	389
B. <i>Naturaleza</i>	390
C. <i>Jurisdicción</i>	391
D. <i>Plataforma continental</i>	393
E. <i>Pesca</i>	396
F. <i>Fondos marinos</i> :	
a) <i>Los fondos marinos</i>	399
b) <i>El sistema paralelo</i>	400
c) <i>Protección y preservación del medio marino</i>	401
d) <i>La investigación científica marina</i>	402
e) <i>Solución de controversias</i>	402
G. <i>Casos particulares</i> :	
a) <i>Estados archipelágicos</i>	402
b) <i>Países sin litoral</i>	403

SECCIÓN XV: ESPACIO AÉREO Y ULTRATERRESTRE

65. El espacio aéreo:	
a) <i>Concepto</i>	406

b) <i>Derecho positivo</i>	407
c) <i>Convenio de Chicago de 1944</i>	408
66. <i>Represión de la delincuencia</i>	410
67. <i>El espacio ultraterrestre:</i>	
a) <i>Concepto</i>	412
b) <i>Naturaleza jurídica del espacio ultraterrestre, la luna y otros cuerpos celestes</i>	413
c) <i>Régimen jurídico del espacio ultraterrestre</i>	413
d) <i>Régimen particular de las actividades en el espacio exterior, la luna y otros cuerpos celestes</i>	414
68. <i>Relaciones entre el derecho espacial y el derecho internacional:</i>	
a) <i>Fuentes del derecho espacial</i>	415
b) <i>Aplicabilidad de la Carta de la ONU</i>	417
c) <i>Régimen de exploración de los recursos naturales</i>	417
d) <i>Régimen jurídico de los vehículos espaciales</i>	417
e) <i>Régimen jurídico del cosmonauta</i>	418
f) <i>Régimen de las responsabilidades</i>	419
g) <i>Régimen de las comunicaciones vía satélite</i>	419
A. <i>Tratado de la Luna</i>	420
a) <i>Registro sobre objetos lanzados al espacio ultraterrestre</i>	421
b) <i>Tratados sobre utilización de satélites artificiales y otros temas conexos</i>	422
B. <i>Orbita geoestacionaria</i>	423
C. <i>Riesgo ambiental</i>	424

SECCIÓN: XVI: RESPONSABILIDAD

69. <i>Generalidades:</i>	
A. <i>Concepto</i>	425
B. <i>Perspectiva latinoamericana</i>	428
C. <i>Controversia doctrinal</i>	430
a) <i>Responsabilidad internacional. Enfoque actual</i> ...	432
b) <i>Circunstancias que excluyen la ilicitud</i>	435
70. <i>Imputación:</i>	
A. <i>Responsabilidad del Estado por sus órganos</i>	437
a) <i>Administrativos</i>	437
b) <i>La cláusula Calvo</i>	440
c) <i>Judiciales</i>	440
d) <i>Legislativos</i>	441
B. <i>Responsabilidad por daños causados durante la lucha civil</i>	443

C. <i>Responsabilidad indirecta</i>	445
71. Reparación:	
A. <i>Modalidades de la reparación por la infracción de una obligación internacional</i>	449
B. <i>Codificación</i>	452

CAPÍTULO IV INDIVIDUO

SECCIÓN XVII: NACIONALIDAD

72. Concepto	457
73. Derecho internacional e interno.....	459
74. Nacionalidad primaria y secundaria	460
75. Nacionalidad múltiple	461
76. Personas jurídicas: estado de paz.....	464
77. Personas jurídicas: estado de guerra	465
78. Soberanía personal	468
a) <i>Régimen de la ciudadanía y la naturalización en la Argentina (ley 23.059)</i>	470
b) <i>La doble nacionalidad en la Argentina</i>	471
c) <i>La nacionalidad y la documentación única en el Mercosur</i>	472

SECCIÓN XVIII: PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PERSONA

HUMANA

79. Planteo del problema	474
80. Protección del extranjero:	
A. <i>Fuentes del derecho de extranjería</i>	475
B. <i>Estadía del extranjero</i>	476
C. <i>Derechos civiles</i>	478
-D. <i>Protección diplomática</i>	480
a) <i>Condiciones</i>	481
b) <i>¿Protección discrecional u obligatoria?</i>	483
c) <i>La cláusula Calvo</i>	484
81. Expansión:	
A. <i>Necesidad</i>	484
B. <i>Intervenciones de la humanidad</i>	485
C. <i>Protección de las minorías</i>	485
D. <i>Protección de los refugiados y de las apátridas</i>	486
E. <i>El Derecho Internacional Humanitario</i>	489
F. <i>Protección de los trabajadores</i>	490

G. <i>La no discriminación con respecto al sexo</i>	491
H. <i>Protección de los accionistas. Jurisprudencia</i>	492
I. <i>Asistencia humanitaria</i>	493
82. <i>Protección de los derechos humanos:</i>	
A. <i>Desarrollo actual</i>	495
B. <i>El sistema internacional de protección de los derechos humanos:</i>	
a) <i>Principio de igualdad (término positivo o de no discriminación (término negativo)</i>	499
b) <i>Catálogo de derechos</i>	499
c) <i>La restricción permanente de los derechos por la legislación nacional y la restricción temporal de ciertos derechos</i>	499
d) <i>La implementación y el control internacional</i>	500
C. <i>Esquemas universales de promoción y protección de los derechos humanos:</i>	
a) <i>La Carta de las Naciones Unidas</i>	500
b) <i>La Declaración Universal de los Derechos Humanos</i>	501
c) <i>Pactos internacionales de Derechos Humanos</i>	502
d) <i>Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>	503
e) <i>La Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas</i>	504
D. <i>Esquemas regionales de promoción y protección de los Derechos Humanos:</i>	
a) <i>Sistema Regional Europeo</i>	505
b) <i>Sistema Regional Americano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos</i>	508
c) <i>Examen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos</i>	510
d) <i>Deberes de los Estados y derechos protegidos en la Convención</i>	511
E. <i>Medios de protección de los Derechos Humanos</i>	517
a) <i>La Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	518
b) <i>Competencia de la Comisión</i>	519
c) <i>El procedimiento ante la Comisión</i>	520
d) <i>La Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> .	520
e) <i>El caso Pinochet</i>	525

SECCIÓN XIX: SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL DE LA PERSONA HUMANA

83. <i>Planteo del problema</i>	527
---------------------------------------	-----

84. Individuo como sujeto de derechos	529
85. Individuo como sujeto de obligaciones	531
86. Responsabilidad del individuo a la luz del tratado de Londres de 1945 y del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de 1998	532

CAPÍTULO V

DERECHO INTERNACIONAL INSTITUCIONALIZADO

SECCIÓN XX: ORGANIZACIÓN UNIVERSAL

87. Generalidades:	
A. <i>Organización internacional y estructura internacional</i>	539
B. <i>Desarrollo doctrinal</i>	540
C. <i>Historia</i>	541
88. Miembros:	
A. <i>Admisión</i>	542
B. <i>Eliminación</i>	543
C. <i>Balance</i>	544
89. Organos	545
A. <i>Asamblea general (AG)</i>	546
B. <i>Consejo de Seguridad (CS)</i>	547
C. <i>Secretario General (SG)</i>	551
D. <i>Consejo Económico y Social (ECOSOC)</i>	554
E. <i>Consejo de Administración Fiduciaria (CAF)</i>	556
F. <i>La Corte Internacional de Justicia (CIJ)</i>	557
90. Tareas de la Organización	556
A. <i>Acciones para la paz</i>	561
B. <i>Acciones para el desarrollo</i>	565
C. <i>Intentos de reforma de la ONU</i>	569
D. <i>La modificación de la Carta por la práctica</i>	572

SECCIÓN XXI: REGIONALISMO

91. Generalidades:	
A. <i>El regionalismo ante la organización universal</i>	575
B. <i>Clasificación</i>	576
92. Regionalismo occidental	577
<i>Organización del Tratado del Atlántico Norte</i>	577
93. Regionalismo soviético	580
94. Liga árabe	580
95. Regionalismo africano	583

<i>El regionalismo africano en los últimos 30 años</i>	588
96. Conclusiones	589
SECCIÓN XXII: SISTEMA AMERICANO	
97. Desarrollo del sistema regional americano	599
98. Carta de la OEA	602
A. <i>Reformas a la Carta de la OEA</i>	604
B. <i>Características de la organización</i>	605
99. Tareas de la OEA según la carta reformada	606
100. Organos de la OEA	608
101. Tratado interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) .	612
A. <i>Pacto de Bogotá</i>	618
B. <i>Convenio Económico de Bogotá</i>	620
102. Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) .	622
<i>Nuevas tendencias en el marco interamericano</i>	623
SECCIÓN XXIII: ORGANOS DEL DERECHO INTERNACIONAL.	
ADMINISTRACIÓN INTERNACIONAL	
103. Desdoblamiento funcional y superación parcial del mismo	627
104. Administración internacional directa:	
A. <i>Concepto</i>	630
B. <i>Funcionarios internacionales</i>	632
C. <i>Derecho interno de las organizaciones internacionales</i>	632
105. Administración internacional indirecta:	
A. <i>Funcionamiento</i>	633
B. <i>Uniones administrativas y organismos especializados</i>	635
C. <i>Extensión</i>	638
D. <i>Organización</i>	641
106. Conclusiones	642
<i>Administración internacional. Organizaciones No Gubernamentales (ONG)</i>	644

CAPÍTULO VI CONTROVERSIAS

SECCIÓN XXIV: SOLUCIÓN PACÍFICA POR LOS LITIGIOS INTERNACIONALES	
107. Los litigios y los medios de solución: clasificación	650
108. Métodos de soluciones diplomáticas:	
A. <i>Sociedad internacional no organizada:</i>	
a) <i>Vía diplomática</i>	652

b) <i>Buenos oficios</i>	652
c) <i>Investigación</i>	653
d) <i>Mediación</i>	654
e) <i>Conciliación</i>	655
B. <i>Sociedad internacional organizada:</i>	
a) <i>Sociedad de Naciones</i>	657
b) <i>Naciones Unidas</i>	658
c) <i>Organización de los Estados Americanos</i>	659
d) <i>Otras organizaciones regionales</i>	662
e) <i>Litigios de las organizaciones con los Estados y con su personal</i>	663
f) <i>Combinación de métodos</i>	664
109. <i>Métodos de soluciones jurisdiccionales</i>	664
A. <i>Arbitraje</i>	664
a) <i>Tipos</i>	665
b) <i>Bases del laudo arbitral</i>	666
c) <i>Competencias de las partes y del árbitro</i>	667
d) <i>Alcance del arbitraje</i>	667
e) <i>Sentencia</i>	668
f) <i>Comentarios</i>	669
B. <i>Corte Internacional de Justicia:</i>	
a) <i>Historia</i>	670
b) <i>Organización</i>	671
c) <i>Competencia consultiva</i>	674
C. <i>El Tribunal Internacional del Derecho del Mar</i>	678
D. <i>El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>	678
E. <i>El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos</i>	679
F. <i>La Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	679
G. <i>El Tribunal Penal Internacional</i>	681
 SECCIÓN XXV: SANCIONES INTERNACIONALES	
110. <i>Sociedad internacional no organizada:</i>	
A. <i>Formación del concepto</i>	683
B. <i>Aspectos controvertidos del concepto</i>	686
C. <i>Represalia y retorsión</i>	689
111. <i>Sociedad internacional organizada</i>	604
A. <i>Sociedad de las Naciones y Organización de las Naciones Unidas</i>	695
B. <i>Organizaciones regionales</i>	697
C. <i>No reconocimiento</i>	698
D. <i>Fuerzas policiales de la Organización de las Naciones Unidas</i>	700

E. Operaciones de mantenimiento de la paz	701
a) Oriente Medio	703
b) Namibia	704
c) Irán-Iraq	704
d) Corea	704
e) Iraq-Kuwait	705
F. Aplicación de las sanciones previstas en el Capítulo VII de la Carta:	
a) La Guerra del Golfo	705
b) El caso Yugoslavo	706
112. Neutralidad:	
A. Sanciones contra los neutrales	707
B. Sanciones contra los beligerantes	708
C. Paz y seguridad	709
113. Guerra:	
A. Sanciones colectivas	710
B. Sanciones individuales	712
SECCIÓN XXVI: LEGÍTIMA DEFENSA Y ASISTENCIA	
114. Autodefensa	715
115. Autoprotección	719
116. Legítima asistencia y seguridad colectiva	721
117. Control de los armamentos:	
A. Evolución	725
B. Las convenciones sobre desarme	730
C. Principales tratados relativos al desarme	731
D. Últimos acuerdos entre Clinton y Yeltsin	734
SECCIÓN XXVII: GUERRA	
118. El derecho de la guerra y su relación con el derecho de la paz:	
A. El problema del sistema del derecho internacional y de la subdivisión de éste	737
B. Dos clases de normas para el derecho de la guerra.	739
C. La revisión de la dicotomía paz-guerra y el problema del Estado intermedio	740
119. Los límites temporales del estado de guerra:	
A. El comienzo	742
B. La terminación	742
C. Rendición incondicional	745
120. Efectos jurídicos del estado de guerra	747
A. Ruptura de las relaciones diplomáticas	748
B. Tratados	748

a) <i>Tratados multilaterales</i>	749
b) <i>Tratados bilaterales</i>	749
C. <i>Condición de los súbditos enemigos</i>	750
D. <i>Guerra económica</i>	754
E. <i>La guerra de las Malvinas</i>	755
a) <i>Antecedentes de la guerra</i>	756
b) <i>Cronología de los acontecimientos</i>	757
c) <i>Explicación de la guerra de las Malvinas a la luz del derecho internacional</i>	762
d) <i>Cronología de las relaciones bilaterales, durante la Gestión del Presidente argentino Carlos Saúl Menem</i>	767
F. <i>Conflicto fronterizo Ecuador-Perú</i>	770
 SECCIÓN XXVIII: NORMAS QUE RIGEN LAS HOSTILIDADES	
121. <i>Fuentes:</i>	
A. <i>Principios</i>	773
B. <i>Usos y convenios</i>	775
122. <i>Combatientes legítimos</i>	778
A. <i>Tierra</i>	779
B. <i>Mar</i>	780
123. <i>Medios de hostilización:</i>	
A. <i>Tierra</i>	782
B. <i>Mar</i>	785
C. <i>Perfidia y astucia</i>	787
124. <i>Víctimas de la guerra:</i>	
A. <i>Prisiones de guerra</i>	787
B. <i>El derecho internacional humanitario</i>	789
C. <i>Heridos y enfermos</i>	790
125. <i>Teatro de guerra:</i>	
A. <i>Tierra</i>	790
B. <i>Mar</i>	791
126. <i>Ocupación bélica:</i>	
A. <i>Ocupación parcial</i>	793
B. <i>Ocupación total</i>	795
127. <i>Guerra aérea</i>	799
a) <i>La guerra aérea</i>	800
b) <i>La guerra de las galaxias</i>	800
 SECCIÓN XXIX: NEUTRALIDAD	
128. <i>Generalidades</i>	801
A. <i>Fuentes</i>	802
B. <i>Principios</i>	802

C. <i>Evolución</i>	803
D. <i>Consideraciones actuales sobre la neutralidad</i>	804

SECCIÓN XXX: LUCHAS CIVILES

129. Teoría de Podestá Costa	807
130. Rebelión	810
131. Guerra civil	811
132. Insurrección	815
133. Situaciones planteadas por la guerra revolucionaria:	
A. <i>Internalización de una Guerra Civil</i>	816
B. <i>Intervención de Naciones Unidas en situaciones de Guerra Civil</i>	819
C. <i>Las luchas civiles de Centroamérica</i>	820

CAPÍTULO VII
CONCLUSIONES

SECCIÓN XXXI: EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

134. Naturaleza del derecho internacional	829
135. Desarrollo del derecho internacional	833
a) <i>Clima filosófico. Valores</i>	834
b) <i>Relaciones de poder, condiciones e intereses</i>	835
c) <i>Actores</i>	836
d) <i>Estructura internacional</i>	837
136. Transformación actual del derecho internacional:	
A. <i>La contribución de la ONU a la codificación y el desarrollo progresivo del d.i. El aporte de la AG</i>	842
a) <i>La responsabilidad de los Estados</i>	845
b) <i>Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional</i>	846
c) <i>La inmunidad jurisdiccional de los Estados</i>	847
d) <i>La protección diplomática</i>	847
e) <i>Actos unilaterales de los Estados</i>	847
B. <i>Contribución de otros órganos de la ONU al desarrollo progresivo del d.i.</i>	849
C. <i>Otros conceptos y ámbitos desarrollados en el d.i.</i> ...	850

SECCIÓN XXXII: DERECHO COMUNITARIO

137. Derecho comunitario:	
A. <i>Concepto y características</i>	856
B. <i>Evolución</i>	857

C. <i>Nociones básicas del ideal comunitario</i>	862
D. <i>Principios de la integración</i>	863
E. <i>Características de la Organización</i>	864
F. <i>Organos</i>	865
a) <i>El modelo institucional europeo</i>	866
b) <i>El modelo institucional en otros bloques regionales</i>	873
c) <i>La estructura institucional del Mercosur</i>	875
138. Fuentes del derecho comunitario:	
A. <i>Fuentes del derecho comunitario europeo</i>	886
B. <i>Procedimiento para la creación de normas comunitarias a partir del Tratado de Maastricht</i>	887
139. Relaciones con el derecho constitucional	888
140. Proyecciones internas del derecho comunitario	891
141. Comparación:	
A. <i>Criterios</i>	895
B. <i>Una estructura institucional funcional que se debe perfeccionar</i>	896
 SECCIÓN XXXIII: RELACIONES INTERNACIONALES	
142. Realidad internacional	899
143. Opiniones	901
144. El derecho internacional ante la sociología y la política ..	904
145. Síntesis interdisciplinaria	906
146. Relaciones internacionales:	
A. <i>Teoría de las relaciones internacionales:</i>	
a) <i>El pensamiento político</i>	908
b) <i>Los modelos</i>	909
B. <i>Las relaciones internacionales en los años setenta</i> ..	911
C. <i>Las relaciones internacionales en los años ochenta</i> ..	916
C. <i>Tendencias del sistema internacional en los '90</i>	917
147. Globalización	921
148. Una vuelta de página en la relación bilateral Argentino-Británica	928
149. El caso Pinochet a la luz de las relaciones internacionales	930
150. Los nuevos equilibrios	931
 ANEXO	 935
BIBLIOGRAFÍA	949

**Se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos CYAN,
Potosí 4471, Buenos Aires, TEL. 982-4426
en el mes de enero de 1999**