

ISBN 978-950-31-0094-3

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO



Musso, José Antonio

UNIVERSIDAD CATOLICA
DE SANTIAGO DEL ESTERO
REPÚBLICA ARGENTINA

EDITA Y PUBLICA
EDICIONES UCSE

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DEL ESTERO
República Argentina

DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO

ISBN 978-950-31-0094-3 - 403 PÁGINAS - UCSE 2023



Musso, José Antonio

Derecho Internacional Público / José Antonio Musso - 1a edición para el alumno - Santiago del Estero: Universidad Católica de Santiago del Estero - UCSE, 2023

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-31-0094-3

1. Derecho Internacionl. I. Título

CDD 341.01

Registro de obra publicada y deposito legal en la DNDA conf. Lye 11723 en trámite. Este libro fue publicado por Ediciones UCSE depediente del Vice Rectorado Académico UCSE. Sello: Universidad Católica de Santiago del Estero. Campus Santiago, Av. Alsina y Dalmacio Vélez Sarsfield (CP 4200). Ediciones UCSE Campus Rafaela, Bv. Hipólito Yrigoyen 1502 Rafaela (CP. 2300). Depto Castellanos - Pcia. Santa Fe - República Argentina.

Tel. (+54 3492) 432832 - Correo electrónico: eucse@ucse.edu.ar

Sumario

1	Prólogo	1
2	El Derecho Internacional Público	3
2.1	Concepto de Derecho Internacional	3
2.2	Caracteres	3
2.3	Las normas del ordenamiento	5
2.4	Fundamento	6
2.5	Evolución de la comunidad internacional	7
2.6	La sociedad internacional actual	12
2.7	El respeto del Derecho Internacional	14
3	Fuentes del Derecho Internacional	15
3.1	Concepto y clasificación	15
3.2	Los tratados	16
3.3	Clases de tratados	18
3.4	Celebración de los tratados	18
3.5	Fase interna	23
3.6	Reservas	24
3.7	Declaraciones interpretativas	28
3.8	Entrada en vigor y aplicación provisional	28
3.9	Observancia y aplicación de los tratados	29
3.10	Interpretación de los tratados	31
3.11	Los tratados y terceros Estados	33
3.12	Enmienda y modificación	34
3.13	Nulidad	35
3.14	Consecuencias de la nulidad	38
3.15	Terminación de los tratados	39
3.16	Retiro o denuncia	43
3.17	Suspensión de la aplicación de los tratados	44
3.18	La costumbre internacional	47
3.19	Oponibilidad de la costumbre	50
3.20	La relación entre la costumbre y los tratados	50
3.21	Los principios generales de Derecho	51
3.22	La jurisprudencia y la doctrina	52
3.23	La equidad	53
3.24	Actos unilaterales	54
3.25	El <i>estoppel</i>	56

3.26	Aquiescencia	57
3.27	Resoluciones de las organizaciones internacionales y otros instrumentos	58
4	El Derecho Internacional y el Derecho Interno	60
4.1	Dualismo y monismo	60
4.2	El Derecho Internacional en el Derecho argentino	62
4.3	Otras disposiciones de la Constitución relacionadas con el Derecho Internacional	65
4.4	Inserción de las normas internacionales en el esquema constitucional	66
4.5	El Estado de Derecho en los planos nacional e internacional	67
5	La subjetividad internacional	69
5.1	Concepto de sujeto	69
5.2	El Estado	69
5.3	Las organizaciones internacionales	70
5.4	La persona humana	71
5.5	La Santa Sede	72
5.6	Los pueblos	74
5.7	Pueblos indígenas	74
5.8	Movimientos insurreccionales	76
5.9	Movimientos de liberación nacional	77
5.10	Otros sujetos	77
5.11	Organizaciones no gubernamentales y empresas transnacionales	79
6	El Estado	81
6.1	Concepto y elementos constitutivos	81
6.2	La soberanía	82
6.3	Igualdad soberana	82
6.4	No intervención	83
6.5	Estados miembros de Estados federales	86
6.6	Nacimiento y extinción de Estados	86
6.7	Reconocimiento de Estados	88
6.8	Naturaleza y caracteres del reconocimiento	88
6.9	Formas del reconocimiento	90
6.10	Oportunidad del reconocimiento	91
6.11	Efectos	91
6.12	Reconocimiento de gobiernos	92
6.13	Sucesión de Estados	94
6.14	Sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas	99

6.15	La inmunidad del Estado	102
7	La competencia personal del Estado	108
7.1	Nociones generales	108
7.2	Nacionalidad	108
7.3	La nacionalidad en los instrumentos de derechos humanos	109
7.4	Adquisición de la nacionalidad	110
7.5	Legislación argentina	110
7.6	Doble o múltiple nacionalidad	111
7.7	La apatridia	112
7.8	Eliminación de las causas de apatridia	113
7.9	La protección de las personas apátridas	116
7.10	La nacionalidad en la sucesión de Estados	117
7.11	Las personas extranjeras	118
7.12	Derecho interno argentino	120
7.13	Pacto Mundial para la Migración Ordenada, Segura y Regular	123
7.14	La protección de las personas nacionales en el extranjero	124
7.15	La asistencia consular	124
7.16	La protección diplomática	125
8	Libre determinación de los pueblos y cuestiones relativas a ciertos territorios	129
8.1	La libre determinación de los pueblos	129
8.2	La resolución 1514 (XV)	130
8.3	La libre determinación de los pueblos en los Pactos de 1966	131
8.4	Formas de ejercicio del derecho de libre determinación	131
8.5	La libre determinación de los pueblos y la integridad territorial	132
8.6	El alcance de la libre determinación	133
8.7	Realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación	133
8.8	Territorios no autónomos y territorios ocupados	134
8.9	La cuestión Malvinas: antecedentes	135
8.10	Las resoluciones de las Naciones Unidas sobre la cuestión Malvinas	138
8.11	La cuestión Malvinas en etapas posteriores	139
9	El territorio estatal y la adquisición de la soberanía territorial	143
9.1	Concepto de territorio	143
9.2	La frontera	144
9.3	Delimitación y demarcación	145
9.4	Los modos de adquisición del título a la soberanía territorial	147

9.5	El principio del <i>uti possidetis iuris</i>	151
9.6	Regiones polares	151
9.7	El espacio ártico	152
9.8	Tratado Antártico	153
9.9	Sistema del Tratado Antártico	156
9.10	Protocolo de Madrid	157
9.11	Espacio aéreo	157
9.12	Régimen de navegación de las aeronaves civiles	158
10	Cursos de agua internacionales	161
10.1	Nociones generales y evolución	161
10.2	Curso de agua internacional	162
10.3	El uso para la navegación	162
10.4	Usos para fines distintos de la navegación	163
10.5	Los acuíferos	166
10.6	Acuífero Guaraní	167
10.7	Ciertos cursos de agua internacionales en particular	167
10.8	El agua, los recursos hídricos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible	170
11	Derecho del Mar	172
11.1	Concepto y evolución	172
11.2	Mar territorial y aguas interiores	175
11.3	Derecho de paso inocente	177
11.4	Zona contigua	179
11.5	Estrechos utilizados para la navegación internacional	180
11.6	Estados archipiélagos	182
11.7	Zona económica exclusiva	183
11.8	Plataforma continental	186
11.9	Alta mar	189
11.10	Régimen de las islas	194
11.11	Islas artificiales, instalaciones y estructuras	195
11.12	Estados sin litoral	196
11.13	La Zona internacional de los fondos marinos	197
11.14	Autoridad Internacional de los Fondos Marinos	199
11.15	Sala de Controversias de los Fondos Marinos	200
11.16	Protección y preservación del medio marino	200
11.17	Investigación científica marina	204
11.18	Solución de controversias	207

12	Otros espacios comunes internacionales	211
12.1	Los espacios fuera de la jurisdicción nacional	211
12.2	Patrimonio común de la humanidad	211
12.3	La atmósfera	212
12.4	La Antártida	213
12.5	El Derecho del Espacio Ultraterrestre	213
12.6	La regulación del espacio ultraterrestre	216
12.7	La órbita geoestacionaria	218
13	Derecho Internacional del Medio Ambiente	220
13.1	Medio ambiente	220
13.2	Derecho Internacional del Medio Ambiente	221
13.3	Evolución	221
13.4	Cambio climático	226
13.5	Los principios generales	228
13.6	Medio ambiente y derechos humanos	237
13.7	Armonía con la naturaleza	239
13.8	Derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible	240
14	La representación del Estado en las relaciones internacionales	241
14.1	Consideraciones generales	241
14.2	Jefe de Estado y jefe de gobierno	241
14.3	Ministro de relaciones exteriores	243
14.4	Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas	244
14.5	Establecimiento de relaciones diplomáticas y envío de misiones diplomáticas	245
14.6	Funciones de la misión diplomática	245
14.7	Los miembros de la misión diplomática	248
14.8	Inviolabilidad de los locales de la misión y otros privilegios e inmunidades	251
14.9	Libertades garantizadas y protegidas por la Convención	252
14.10	Inviolabilidad del agente diplomático	254
14.11	Inmunidades de los miembros de la misión	254
14.12	Terminación de las funciones, ruptura de relaciones diplomáticas y representación internacional	257
14.13	Misiones especiales	258
14.14	La representación de los Estados ante las organizaciones internacionales	260
14.15	Convención de Viena sobre Relaciones Consulares	261

14.16	Establecimiento de relaciones consulares y ejercicio de las funciones consulares	261
14.17	Funciones consulares	262
14.18	Jefe de la oficina consular	266
14.19	Miembros de la oficina consular	267
14.20	Cumplimiento de actos diplomáticos por funcionarios consulares . .	268
14.21	Facilidades, privilegios e inmunidades relativos a la oficina consular	269
14.22	Facilidades, privilegios e inmunidades relativos a los funcionarios consulares y demás miembros de la oficina consular	270
14.23	Funcionarios consulares honorarios	274
14.24	Ejercicio de funciones consulares por las misiones diplomáticas . . .	275
14.25	Terminación de las funciones consulares	275
15	Responsabilidad internacional	276
15.1	Consideraciones generales	276
15.2	Hecho internacionalmente ilícito	276
15.3	Atribución al Estado del comportamiento de órganos	278
15.4	Otros supuestos de responsabilidad	280
15.5	Circunstancias que excluyen la ilicitud	284
15.6	Contenido de la responsabilidad internacional del Estado	289
15.7	Reparación del daño	290
15.8	Violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas . .	292
15.9	Invocación de la responsabilidad	292
15.10	Responsabilidad internacional por actos no prohibidos	294
15.11	Responsabilidad de las organizaciones internacionales	296
16	Las organizaciones internacionales	301
16.1	Concepto	301
16.2	Clases	302
16.3	Miembros	302
16.4	Órganos	303
16.5	Adopción de decisiones	304
16.6	Otras cuestiones relativas a las organizaciones internacionales . . .	305
16.7	Las Naciones Unidas: antecedentes	306
16.8	Propósitos	308
16.9	Principios	308
16.10	Miembros de la Organización	310
16.11	Órganos de las Naciones Unidas	311

16.12	Asamblea General	312
16.13	Consejo de Seguridad	314
16.14	Consejo Económico y Social	317
16.15	La Corte Internacional de Justicia	319
16.16	La Secretaría	319
16.17	Organismos especializados	321
16.18	Las ONG y el ECOSOC: disposiciones de la Carta	322
16.19	Organizaciones conexas	322
16.20	Las organizaciones regionales y la OEA	323
17	Integración – MERCOSUR	329
17.1	Consideraciones generales	329
17.2	Tratado de Asunción	330
17.3	Estados partes y Estados asociados	331
17.4	Estructura institucional	332
17.5	Órganos auxiliares	337
17.6	Personalidad jurídica y fuentes jurídicas del Mercosur	339
17.7	Solución de controversias	339
17.8	A poco más de 30 años del Tratado de Asunción	343
18	Solución de controversias	345
18.1	Concepto de controversia internacional	345
18.2	Principios fundamentales	345
18.3	Medios de arreglo	346
18.4	Los medios políticos	347
18.5	Medios jurisdiccionales	350
18.6	El arbitraje	350
18.7	Corte Permanente de Arbitraje	353
18.8	El arbitraje en otros ámbitos	354
18.9	El arreglo judicial	354
18.10	Corte Internacional de Justicia: composición y organización	355
18.11	Competencia contenciosa	356
18.12	Formas de reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte	356
18.13	<i>Forum prorogatum</i>	358
18.14	Decisión de la Corte sobre su jurisdicción	359
18.15	Procedimiento	359
18.16	La sentencia y su interpretación o revisión	362
18.17	La competencia consultiva	363

18.18	El recurso a organismos o acuerdos regionales	366
19	Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales	367
19.1	Prohibición del uso de la fuerza	367
19.2	Alcance de la prohibición	369
19.3	Excepciones a la prohibición del uso de la fuerza	370
19.4	Legítima defensa	371
19.5	Condiciones del ejercicio de la legítima defensa	374
19.6	Legítima defensa preventiva	375
19.7	El sistema de seguridad colectiva	376
19.8	El sistema de seguridad colectiva y los organismos regionales	379
19.9	Operaciones de mantenimiento de la paz	380
19.10	La seguridad humana	385
19.11	La paz como derecho habilitante	387
20	Referencias	389
21	Anexo	397

1. Prólogo

Con sumo agrado doy la bienvenida a este libro de José Antonio Musso, de indudable valor didáctico y científico, y fruto de su extensa y rica experiencia de docente e investigador.

Como suele ocurrir con temas especialmente importantes, el estudio del Derecho Internacional Público es sin duda complejo, y puede ser abordado desde diversas perspectivas.

El autor pasa revista a los temas más relevantes de dicha área del conocimiento, en síntesis muy bien elaboradas. Sabemos que esta rama del Derecho está en permanente evolución, por lo que el abordaje de sus temas necesariamente debe tener presente como lo hace el autor- las continuas modificaciones que tal proceso evolutivo implica.

De tal modo, la complejidad y dinamismo del derecho de gentes torna particularmente dificultosa la tarea de abarcarlo en un libro de enseñanza, y de dicha tarea ha salido ampliamente airoso nuestro autor.

La lectura del texto, pródigo en información, se hace ágil y amena, porque la prosa es diáfana y concisa, sin hipérbolos ni desvíos innecesarios. La división en capítulos refleja la sistematización con que Musso encaró su trabajo.

El lector, por otra parte, intuye que el autor revela en estas páginas sólo una parte de lo mucho que sabe y ha pensado.

Es de destacar, además, la precisión, sin ambages estériles, que a cada uno de los temas abordados efectúa José Antonio Musso.

Así, la obra se constituye en un aporte sumamente valioso a la problemática del Derecho Internacional Público, y será sin duda de lectura obligatoria tanto para docentes como para los alumnos de dicha área del conocimiento, que encontrarán en sus páginas certeros elementos de juicio, e información relevante para comprender acabadamente los principios imperantes en la comunidad internacional.

Destaco, además, el anexo elaborado por el profesor Pedro José Basbús, quien integra también la cátedra de Derecho Internacional Público en la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Su aporte, titulado “El archipiélago de Chagos y su relación con las Islas Malvinas”, es un complemento muy valioso de lo señalado por el autor del libro al abordar, en

uno de los capítulos, la cuestión de las Malvinas junto con otros temas de sumo interés.

No puedo menos que felicitar a Musso por esta obra, que no hace sino ratificar sus dotes de experto en la materia, y recomendar vivamente su lectura.

Rodolfo Zehnder

2. El Derecho Internacional Público

2.1. Concepto de Derecho Internacional

Los Estados se relacionan entre sí, y también en el ámbito de las organizaciones internacionales, los procesos de integración y los llamados “grupos”. Existen además relaciones de vecindad y la cooperación internacional genera espacios de trabajo conjunto.

Hay entonces una interacción constante que genera intercambios, afinidades, esferas de influencia y conflictos. Y así como cada sociedad nacional no se concibe sin la existencia de un ordenamiento jurídico (*ubi societas, ibi ius*), la sociedad internacional cuenta también con su propio ordenamiento.

Teniendo en cuenta el origen de las normas, el Derecho Internacional es “el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad Internacional” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 33).

Tal ordenamiento rige con respecto a los actores que tienen subjetividad internacional, pero encontramos también normas que se refieren a actores que carecen de esa subjetividad. Así, la Carta de las Naciones Unidas contiene disposiciones que se refieren a las organizaciones no gubernamentales que se ocupen de asuntos de competencia del Consejo Económico y Social (art. 71).

2.2. Caracteres

a) La doctrina coincide en caracterizar el Derecho Internacional a partir de un par de notas distintivas: el relativismo y la incertidumbre. Lo primero significa que, en general, los Estados solo se obligan por las reglas que han consentido. Por consiguiente, no todos tienen las mismas obligaciones, lo cual genera incertidumbre, al igual que las normas consuetudinarias, que no son lo suficientemente claras en todos los casos.

El no formalismo en la expresión del consentimiento, que facilita la ampliación del ámbito de aplicación de las normas, es otro rasgo característico de nuestro ordenamiento. Los Estados no están sujetos, como regla, a determinadas formas de

manifestación de su voluntad y, por lo tanto, sus actos u omisiones tienen relevancia jurídica (Remiro Brotons et al., 2010, p. 40).

El Derecho Internacional rige en una sociedad en la que no existe un órgano normativo centralizado. Son los Estados, a través de la costumbre y los tratados, los creadores de las normas jurídicas internacionales y, al mismo tiempo, sus principales destinatarios.

b) La respuesta ante las violaciones más graves del ordenamiento encuentra un obstáculo insuperable: no es posible adoptar medidas coercitivas contra los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, debido al derecho de veto que la Carta les otorga. Esta exención puede beneficiar incluso a los aliados de esos miembros. Además, fuera de los casos en que el Consejo de Seguridad actúa en el marco del Capítulo VII de la Carta, son los propios Estados los que, con carácter descentralizado, deciden las sanciones y las aplican, quedando su eficacia condicionada al poder de que dispongan (Pastor Ridruejo, 2013, p. 25).

En materia de prevención de conflictos, el efecto disuasivo del sistema de seguridad colectiva no ha funcionado en la práctica del modo previsto, y a esto se suma que la posibilidad de desplegar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas se ha visto, en general, anulada o entorpecida por la prevalencia de los intereses políticos y estratégicos de las grandes potencias. En este sentido, no se puede negar que es tiempo de que “el derecho internacional privilegie los intereses globales por sobre los interestatales” (Salvioli, 2022, p. 26).

Estos aspectos deficitarios, entre otros, hacen que disminuya la credibilidad del ordenamiento. La reacción inicial de los estudiantes de Derecho y del público en general cuando se les habla de Derecho Internacional, suele ser de amplio escepticismo, porque se piensa que los Estados tienen poco respeto de sus normas; sin embargo, si bien “es cierto que el Derecho internacional resulta a veces infringido con total impunidad”, esas violaciones “no son más frecuentes que las de cualquier otro ordenamiento jurídico, pero se suele creer que se infringe de modo constante” (Akehurst, 1972, pp. 13-14).

Buerghenthal y Murphy (2007) sostienen que las dramáticas violaciones del Derecho Internacional, principalmente aquellas que involucran la amenaza o el uso de la fuerza y atraen la atención mundial, no deberían hacer que perdamos de vista “que el vasto cuerpo de derecho internacional que regula el comercio internacional, las comunicaciones, el transporte y el día a día de las relaciones diplomáticas y consulares”, por mencionar solo algunos campos, se aplica y observa “tan rutinariamente como el derecho nacional” (p. 9).

c) El Derecho Internacional se transforma a medida que la sociedad internacional se transforma. En palabras de Cassese (1984), “cada ordenamiento jurídico está sujeto a un constante cambio, porque el derecho debe continuamente adecuarse a la nueva realidad” (p. 39).

d) Por otro lado, hay que destacar la concepción humanista del Derecho Internacional, puesto que “tiene, en definitiva, a la protección de valores de la persona humana” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 29).

e) Desde otro ángulo, el Derecho Internacional puede caracterizarse como un modo de actuar, un modo de coexistir y cooperar en la sociedad internacional. Es la idea que recoge la Carta de la Organización de los Estados Americanos al postular, entre los principios que dichos Estados reafirman, que “el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas” (art. 3.a).

2.3. Las normas del ordenamiento

En el Derecho Internacional existen dos tipos de normas: dispositivas e imperativas. En su mayor número, las normas son dispositivas, pues admiten acuerdo en contrario.

En cambio, “una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad 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”. Esto dice el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Las normas imperativas prohíben determinados actos violatorios de valores considerados esenciales por la comunidad internacional en su conjunto. Como destaca Arredondo (2012), el contenido de las normas imperativas representa la manifestación normativa del orden público internacional (p. 14).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “el *ius cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional, como un todo que, a raíz de su superior valor universal, constituye un conjunto de normas indispensables para la existencia de la comunidad internacional”, y “para garantizar valores esenciales o fundamentales de la persona humana”, es decir, “aquellos valores que se relacionan con la vida y la dignidad humana, la paz y la seguridad”. La prohibición de los actos de agresión, de genocidio, de la esclavitud y la trata de esclavos, de la tortura, de la discriminación racial y del apartheid, de los crímenes de lesa humanidad, así como el derecho a la libre determinación, junto con las normas de derecho internacional humanitario básicas, han sido reconocidas como normas de

ius cogens, que protegen derechos fundamentales y valores universales sin los cuales la sociedad no prosperaría, por lo que producen obligaciones *erga omnes*¹.

A lo largo de su jurisprudencia, ese Tribunal ha reconocido, de forma no exhaustiva, las siguientes normas de *ius cogens*: 1) principio de igualdad y prohibición de discriminación; 2) prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica; 3) prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; 4) prohibición de la desaparición forzada de personas; 4) prohibición de la esclavitud y otras prácticas análogas; 5) principio de no devolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta; 6) prohibición de cometer o tolerar graves violaciones a los derechos humanos dentro de un patrón masivo o sistemático, entre ellas ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas; 7) prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad y la obligación asociada de penalizar, investigar y sancionar estos crímenes. La propia Corte hace esta enumeración en el párrafo 106 de su Opinión Consultiva OC-26/20.

Al igual que las normas imperativas, las obligaciones *erga omnes* limitan el relativismo del Derecho Internacional, confirmando la existencia de unos intereses colectivos, los de la comunidad internacional en su conjunto, que desbordan el bilateralismo y la reciprocidad de derechos y deberes en las relaciones entre un Estado y otro, que había caracterizado al Derecho Internacional tradicional (Carrillo Salcedo, 2001, p. 154).

2.4. Fundamento

Para explicar la obligatoriedad del ordenamiento jurídico internacional se han esbozado teorías voluntaristas o subjetivistas y teorías objetivistas.

Según la teoría del Derecho estatal externo (Hegel), la teoría de la autolimitación (Jellinek) y la teoría de la voluntad común (Triepel), entre otras, el fundamento del Derecho Internacional radica en la voluntad de los Estados.

Por su parte, las teorías objetivistas reconocen la importancia de la voluntad estatal para la formación del Derecho Internacional, pero entienden que tiene límites impuestos por este (Arredondo, 2012, p. 7). Así, Anzilotti sostiene que el fundamento de tal Derecho no es otro que el principio *pacta sunt servanda*, y Kelsen piensa

¹Corte IDH, Opinión Consultiva OC-26/20, de 9 de noviembre de 2020, *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*, Serie A, N° 26, párr. 105

en una norma hipotética fundamental, “los Estados deben comportarse como han venido haciéndolo”.

Duguit sostiene que las normas jurídicas internacionales derivan de la solidaridad social y tienen origen en la naturaleza de los seres humanos y en sus necesidades esenciales, mientras que Politis hace hincapié en que el Derecho es un producto social y señala que el Derecho Internacional deviene de la conciencia jurídica de los pueblos.

Las doctrinas iusnaturalistas, desde la escolástica al iusnaturalismo racional y otras corrientes, pasando por la Escuela Española del siglo XVI (Vitoria y Suárez), encuentran el fundamento del Derecho de Gentes en el Derecho Natural. Para el iusnaturalismo racional, la fuerza obligatoria del Derecho Internacional deriva de valoraciones determinadas por la naturaleza humana, de las que provienen convicciones jurídicas coincidentes entre los Estados, y en la conciencia jurídica común de los pueblos se asienta el Derecho Internacional (Verdross, 1961).

Además, la cooperación del Derecho interno es indispensable para asegurarle acabadamente al Derecho Internacional su valor y su fuerza en cuanto fenómeno jurídico (Conforti, 1995, p. 23).

En suma, la obligatoriedad del Derecho Internacional reside en que sus normas contemplan valores necesarios para que las legítimas aspiraciones humanas, individuales y colectivas, puedan realizarse, o principios sin los cuales las relaciones internacionales no serían amistosas ni de cooperación, o bien intereses propios de los Estados, en el marco de relaciones bilaterales o multilaterales, que requieren regulación.

2.5. Evolución de la comunidad internacional

a) La mayor parte de la doctrina considera la Paz de Westfalia (1648) como el momento en que nace la comunidad internacional y tiene origen el Derecho Internacional. A partir de ese momento fundacional, se consolidan Estados nacionales (Inglaterra, Francia, España, Portugal, Suecia y los Países Bajos, entre otros) que, además de considerarse jurídicamente iguales y soberanos, se muestran dispuestos a desarrollar relaciones sobre la base de normas jurídicas.

En este período lo usual era la resolución de los conflictos mediante el uso de la fuerza. Se introdujo además la noción de mar territorial, fundada en necesidades defensivas, y surgieron normas sobre adquisición de territorios, celebración de tratados, inmunidad de los Estados y de los agentes diplomáticos, junto con el

concepto de alta mar o mar libre. El ámbito espacial de esas normas estaba circunscripto a aquellos Estados.

La Paz de Utrecht (1713) reafirmó el equilibrio de poder establecido en el período que comenzó con la Paz de Westfalia: ningún Estado podía adquirir tanto poder como para volverse hegemónico.

La independencia de las colonias inglesas de América del Norte (1776) y de las colonias españolas de Sudamérica, en el período 1810-1821, trajo como consecuencia la incorporación de nuevos actores.

El Congreso de Viena de junio de 1815 y el Tratado de París del 20 de noviembre de ese año ponen en evidencia el poder de las grandes potencias. El 26 de septiembre de 1815, Austria, Prusia y Rusia firmaron el Pacto de la Santa Alianza con la intención de preservar la legitimidad dinástica, reponiendo a quienes, según ese principio, debían ocupar los respectivos tronos, lo cual legitimó el derecho de intervención.

Del Tratado de París surgió el Directorio de las grandes potencias -Austria, Gran Bretaña, Prusia y Rusia-, que devino en la Pentarquía con la inclusión de Francia en 1818. Gran Bretaña se opuso a la política intervencionista de las potencias de la Santa Alianza y esto hizo que la posibilidad de una intervención para restablecer el orden monárquico en la América que había estado bajo el dominio español quedara descartada, más aun cuando en 1823 el presidente de Estados Unidos, James Monroe, anunció la posición de su país en el sentido de no admitir la intervención de las potencias europeas en el continente americano, conocida como doctrina Monroe.

Al Directorio siguió un sistema más atenuado, el Concierto Europeo, en cuyo marco el grupo de las grandes potencias conservó el rol preponderante en los asuntos internacionales.

La Europa conservadora forjada por el *statu quo* de 1815, que mantenía las fronteras nacionales existentes en ese momento, comenzó a resquebrajarse. Las revoluciones de 1830 y 1848 tuvieron un indudable impacto internacional (Ponce Marrero, 2009). El 4 de octubre de 1830 se proclamó la independencia de Bélgica; fue el primer quiebre en el estatuto territorial de 1815.

El Congreso de París de 1856, que puso fin a la guerra de Crimea, constituye un antecedente significativo desde el punto de vista de la evolución de la sociedad internacional, porque admitió a Turquía como parte del sistema europeo y acordó la internacionalización de la “Cuestión de Oriente” (Vilar, 2009, p. 127).

b) En la segunda mitad del siglo XIX tienen lugar dos procesos históricos: la

unidad de Italia y la de Alemania. Sobreviene entonces un período de predominio de Alemania. Restablecer el equilibrio entre las potencias será el principal desafío hasta 1914, cuando, al estallar la Primera Guerra Mundial, llegó a su fin el sistema del Concierto Europeo.

A partir de 1880, la expansión colonial en África y en Asia encuentra su momento culminante. Gran Bretaña, tras ocupar Egipto en 1882, se aseguró la estratégica vía de Suez, a la vez que Francia, con el protectorado sobre Túnez (1881), ampliaba las posiciones que había establecido en el Magreb valiéndose de su presencia en Argelia. En cuanto al África subsahariana, la Conferencia de Berlín de 1884-1885, que estableció el principio de la ocupación efectiva de los territorios, desencadenó un acelerado reparto entre franceses, británicos, portugueses, belgas y alemanes, mientras que, en el espacio asiático, Rusia, Gran Bretaña y Francia desplegaron su poder en busca de la apertura del enorme mercado chino (De la Torre Gómez, 2009, p. 240).

La Conferencia de Washington (1889-1890) constituyó el punto de partida del sistema interamericano, y en 1899 se celebró la primera Conferencia Internacional de Paz, en La Haya, con la participación de 26 Estados. La segunda Conferencia de La Haya se desarrolló entre el 15 de junio y el 18 de octubre de 1907 y adoptó trece convenciones. Participaron 44 Estados.

c) El siglo XX fue el siglo de la institucionalización de la sociedad internacional, que comenzó con la creación de la Sociedad de Naciones en 1919. Constituida por el Pacto de la Sociedad de Naciones, no fue la primera organización internacional pero sí la primera creada para garantizar a las naciones la paz y la seguridad, además de favorecer la cooperación entre ellas. Merecen destacarse, asimismo, su preocupación por la transparencia en las relaciones internacionales (el preámbulo del Pacto menciona la obligación de “mantener a plena luz relaciones internacionales fundadas sobre la justicia y el honor”) y por el desarme (art. 8).

El Tratado de Versalles creó también la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y estableció un régimen de mandatos (art. 22), aplicable a las colonias y territorios que, a raíz del conflicto bélico de 1914-1918, habían dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban con anterioridad y que eran “habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno”. El régimen se aplicó a pueblos que antes pertenecían al Imperio Otomano, a pueblos de África Central y a pueblos del Sudoeste Africano y de ciertas islas del Pacífico Austral, y hubo tres tipos de mandato según el grado de desarrollo de cada pueblo, la situación geográfica del

territorio, sus condiciones económicas y otras circunstancias análogas.

La Sociedad de Naciones tenía vocación universal, pero su existencia comenzó debilitada porque en 1920 el Senado de los Estados Unidos rechazó el Tratado de Versalles y, por ende, el Pacto de la Sociedad (De la Torre, 1977). Después se debilitó aun más, ya que Alemania ingresó en 1926 pero se retiró en 1933, la Unión Soviética ingresó recién en 1934 y España, Italia, Japón y la mayoría de los países latinoamericanos se retiraron. Francia y el Reino Unido fueron signatarios del Pacto, pero nunca se incorporaron, lo mismo que China. En Argentina el Pacto se aprobó en 1933, con las enmiendas que habían entrado en vigor en 1924 y 1926.

La institucionalización de la sociedad internacional se acentuó con la organización internacional de carácter universal cuya denominación refleja el título del instrumento que 26 países suscribieron en Washington el primer día de 1942: Declaración de las Naciones Unidas. La Conferencia de San Francisco (1945) cerró el proceso de creación de la nueva organización internacional.

d) El sistema de equilibrio de poder impulsado por la Carta de las Naciones Unidas -y reflejado en la composición y el funcionamiento del Consejo de Seguridad- se vio superado por la realidad cuando en 1947 aparecieron las primeras manifestaciones de la Guerra Fría, caracterizada como “un estado de tensión permanente, primero entre las dos superpotencias y luego entre los dos bloques liderados por ellas, que no provocó un conflicto directo ante el peligro de destrucción mutua y asegurada por la utilización de las armas nucleares” (Pereira Castañares, 2009, p. 505).

El enfrentamiento no bélico entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, los dos Estados más poderosos e influyentes, hizo surgir un sistema internacional bipolar. Ambas superpotencias delimitaron sus zonas de influencia y a la vez intentaron ampliarlas e imponer sus valores, impidiendo cualquier desvío político o ideológico en sus respectivas zonas. Cuando la regla básica del respeto de una zona de influencia no se cumplió, y en especial cuando ello ocurrió en relación con territorios incluidos en el perímetro de seguridad establecido, surgió el peligro de enfrentamiento directo, con el consiguiente agravamiento de la tensión, generándose conflictos-tipo. En definitiva, la Guerra Fría fue no sólo un conflicto entre las grandes potencias, sino también un choque de proyectos económicos y sociales divergentes, una guerra cultural e ideológica, una competición para buscar la mejor forma de organizar la sociedad humana (Pereira Castañares, 2009, p. 506).

La década de 1960 tuvo dos conflictos-tipo, la crisis de los misiles en Cuba y la guerra de Vietnam. Y al nacer esa década se puso en marcha el proceso de descolonización, impulsado por las Naciones Unidas, con un notorio impacto

en la sociedad internacional al ampliarse el grupo de las comunidades políticas independientes por la incorporación de los nuevos Estados y el crecimiento de la composición de las Naciones Unidas. En 1960 ingresaron como miembros de la Organización 17 Estados de reciente independencia, todos ellos africanos, con lo cual el número de miembros se elevó a 99, esto es, 48 más que los miembros originarios (ONU, 2012, p. 427).

El resultado de la descolonización es visible: 54 territorios en fideicomiso y territorios no autónomos se han convertido en Estados soberanos e independientes, en tanto que otros territorios se han integrado o asociado a Estados independientes (ONU, 2012).

e) La Guerra Fría terminó en 1991, con la disolución de la Unión Soviética, precedida en 1989 por la caída del Muro de Berlín. También se disolvió la República Federativa Socialista de Yugoslavia, además de Checoslovaquia. Al cabo de estos procesos, diversos Estados se sumaron a la sociedad internacional; entre ellos Estonia, Letonia, Lituania, Armenia, Croacia, Georgia, Eslovenia, Bosnia y Herzegovina, República Checa, Eslovaquia, Azerbaiyán, Kazajstán, Kirguistán, Tayikistán, Turkmenistán, Uzbekistán.

En 2002 se independizó la colonia portuguesa de Timor Oriental, bajo el nombre de Timor-Leste, mientras que en mayo de 2006 el pueblo de Montenegro se pronunció a favor de la independencia en un referéndum, y poco después de la declaración de independencia el nuevo Estado fue admitido como miembro de las Naciones Unidas. Dos años más tarde (2008), la Asamblea de Kosovo declaró la independencia del territorio que había sido provincia autónoma del sur de Yugoslavia. Y en 2010 la Corte Internacional de Justicia emitió una opinión consultiva señalando que la declaración unilateral de independencia de Kosovo no violaba el Derecho Internacional. Tras el referéndum de enero de 2011, la República de Sudán del Sur se separó de Sudán y fue admitida como Estado miembro de las Naciones Unidas el 14 de julio de ese año.

f) La última década del siglo XX comenzó con buenos augurios a raíz de la cooperación entre los Estados Unidos y la Unión Soviética para resolver la crisis desatada por la invasión de Irak a Kuwait, a punto tal que el presidente George Bush habló de un “nuevo orden internacional”. Sin embargo, con Clinton en el poder, Estados Unidos apostó al “soberanismo unilateralista” (García Pérez, 2009, p. 663), a lo que siguió el unilateralismo impulsado por George W. Bush en el marco de la “guerra contra el terrorismo”, tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001. La política del cambio de régimen, respecto de países no democráticos con actitud desafiante a los ojos de Washington (*rogue States*), también formó parte de

la política exterior estadounidense durante la primera década del siglo XXI.

En la segunda década del siglo XXI se ha observado un creciente protagonismo de Rusia y China

2.6. La sociedad internacional actual

Más allá del significado específico de los términos “sociedad internacional” y “comunidad internacional”, lo cierto es que son utilizados indistintamente. Al no existir ya posibilidad de ampliación de su ámbito espacial, la sociedad internacional se ha convertido en una sociedad cerrada en términos geográficos, una sociedad de alcance planetario. En ella coexisten Estados que son miembros de las Naciones Unidas con Estados que no lo son.

Un caso particular es el de Palestina. La resolución 67/19 de la Asamblea General, del 26 de noviembre de 2012, le concedió la condición de Estado observador no miembro en las Naciones Unidas, expresando la esperanza de que el Consejo de Seguridad considere favorablemente la solicitud presentada el 23 de septiembre de 2011 para su admisión como miembro de pleno derecho de las Naciones Unidas², algo que no sucedió hasta el presente.

Por consiguiente, no todos los Estados forman parte de la sociedad internacional del siglo XXI en igualdad de condiciones, pues algunos tienen acceso completo a la sociedad internacional organizada y otros, acceso restringido. Hay además actores no estatales y actores subestatales.

Para Barbé (2015), la sociedad internacional se caracteriza por ser anárquica y ordenada a la vez. Este binomio anarquía/orden “se adapta perfectamente a una sociedad” que se puede “caracterizar como heterogénea, interdependiente y compleja” (p. 137).

Esa sociedad global es desigual en cuanto a los niveles de desarrollo y bienestar de las sociedades nacionales, crecimiento demográfico, capacidad de influencia de los distintos actores o reparto del poder, así como en otros planos (Pereira Castañares, 2009).

Ciertas dinámicas han llevado a la conformación de la sociedad global en la que vivimos.

²Basada en la resolución 181 (II) de la Asamblea General, del 29 de noviembre de 1947, así como en la proclamación del Estado de Palestina (1988), de la cual la Asamblea General tomó nota en su resolución 43/177, aprobada el 15 de diciembre de 1988.

a) La dinámica fundamental ha sido la mundialización, es decir, el proceso por el cual se ha pasado de un mundo en el que, a mediados del siglo XV, existían sociedades internacionales particulares a un mundo en el que existe una sociedad internacional mundial, a principios del siglo XX.

En la primera mitad del siglo XIX las sociedades internacionales particulares no occidentales, como la asiática con China y Japón, el continente africano o el Imperio Otomano, se mantenían aisladas. El Tratado de Nankin de 1842, que impuso a China las apetencias comerciales británicas, empezó a cambiar la historia.

b) La mundialización trajo consigo la estatalización, y de este modo tomó forma el modelo westfaliano de sociedad internacional, basado en la existencia de Estados soberanos, con competencias exclusivas en su territorio y sobre su población y con fronteras territoriales perfectamente delimitadas (Del Arenal, 2010, p. 199).

c) La creciente interdependencia es una dinámica que acompañó a la mundialización desde el siglo XIX y acompaña también a la globalización. La interdependencia supone una situación en la que hay mutua dependencia entre los actores implicados, con reparto de costos y beneficios, y se caracteriza por la asimetría, pero si esta supera cierto nivel lo que hay es simplemente dependencia. Es una fuente de poder y ha provocado que se desvalore el poder duro y, en cambio, se desarrolle el poder blando. Además, al afectar de manera desigual a los Estados y otros actores, ha dado lugar a una nueva fractura de la sociedad mundial entre los Estados y actores con elevados niveles de interdependencia y aquellos con menores niveles de interdependencia. También impulsa los procesos de integración y cooperación (Del Arenal, 2010).

e) La globalización ha comenzado a fines de la década de 1970, a causa de la revolución en el ámbito de la información y la comunicación, las transformaciones en el sistema capitalista mundial y el abaratamiento del transporte aéreo, que favorece el movimiento migratorio y turístico. Se trata de un proceso complejo de interdependencia, interconexión, instantaneidad y ubicuidad en todos los ámbitos, que incluye tres procesos complementarios: a) la interdependencia creciente de las actividades humanas y de los actores; b) la interpenetración de las sociedades a todos los niveles; c) la superación del espacio y del tiempo como condicionantes de la actividad humana (Del Arenal, 2010).

La globalización incrementa el nivel de interdependencia, y el empoderamiento de los individuos es uno de sus efectos positivos.

El mundo interconectado en el que vivimos se ha mostrado más interconectado

que nunca en el marco de la pandemia de COVID-19.

2.7. El respeto del Derecho Internacional

El Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo cree que el respeto pleno e incondicional del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, es la condición *sine qua non* para lograr un orden internacional pacífico, próspero, resiliente y justo, según consta en su informe de 2022 (párr. 10)³.

Además, no cabe duda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como marco jurídico que promueve y protege, a través de diversos principios, normas, mecanismos y órganos, los derechos y libertades que constituyen su preocupación esencial, ofrece un ámbito muy propicio para los valiosos aportes que puede hacer la sociedad civil.

En relación con ello, la revitalización de la Asamblea General de las Naciones Unidas es un asunto de gran interés, como pone de resalto el Experto Independiente mencionado, interés que se ha renovado con el establecimiento en los períodos septuagésimo sexto y septuagésimo séptimo de un grupo de trabajo especial sobre la revitalización de la labor de la Asamblea General abierto a todos los Estados miembros, continuando así el proceso iniciado en el septuagésimo quinto período con el establecimiento de un grupo de trabajo similar. El Experto Independiente de que se trata apoya en su informe las recomendaciones formuladas a lo largo de los años para aumentar la visibilidad de la labor de la Asamblea, celebrar debates temáticos sobre cuestiones esenciales y colaborar sistemáticamente con los actores no estatales, incluidos los representantes de la sociedad civil, el mundo académico y el sector privado (párr. 57).

Por otro lado, “si bien defender los derechos humanos es obligación de todos los Estados”, más allá de eso es hora de que también “se consideren medidas para resolver problemas y maneras de resarcir agravios, no solo para las personas sino para las comunidades en general”⁴.

Regresar al Sumario

³Doc. A/HRC/51/32.

⁴Informe “Nuestra Agenda Común” (2021), párr. 33. A/75/982.

3. Fuentes del Derecho Internacional

3.1. Concepto y clasificación

Según el artículo 38.1 de su Estatuto, la Corte Internacional de Justicia, cuya función es decidir de conformidad con el Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, tanto generales como particulares; b) la costumbre internacional; c) los principios generales de Derecho; d) las decisiones judiciales; e) la doctrina.

La costumbre y los tratados son las fuentes autónomas, mientras que la jurisprudencia y la doctrina constituyen medios auxiliares para determinar las reglas de Derecho, como subraya el artículo 38.1.d del Estatuto de la Corte.

“Dado el relativismo del Derecho Internacional, cuando en la disciplina se utiliza la expresión ‘fuente del Derecho’ se alude no sólo a las fuentes de las normas generales de conducta sino también a las de situaciones individuales u obligaciones particulares (tratados bilaterales, costumbre local, actos unilaterales)” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 68). Podemos distinguir, entonces, entre fuentes de normas generales y fuentes de normas particulares o de obligaciones particulares. De esto se desprende que, además de las fuentes enumeradas en aquella norma, hay otras.

No existe un orden de prelación entre las fuentes. Las normas convencionales y las consuetudinarias son de igual jerarquía, y en caso de conflicto entre ellas prevalecerá la de formación posterior: *ius posterior derogat iuri priori*. También habrá prevalencia de la *lex specialis* sobre las normas generales y hay que recordar que las normas imperativas están por encima de cualquier otra norma.

De modo que el artículo citado determina un orden de consulta de las distintas fuentes. Primero ha de consultarse el Derecho convencional, es decir, los tratados en vigor entre las partes; si estos nada dicen debe buscarse la solución “en las normas consuetudinarias, particulares y generales, bien entendido que, tanto en el caso de los tratados como en el de las costumbres, la aplicación ha de hacerse teniendo en cuenta criterios de equidad *secundum legem*”, explica Pastor Ridruejo (2013), agregando que, en el supuesto de no resultar de tales consultas la solución del caso, “hay que recurrir a los principios generales del Derecho, y, si éstos no suministran la

solución, a la equidad *praeter legem*”, y de este modo “siempre se encontrará una respuesta al caso planteado” (p. 163).

3.2. Los tratados

Un tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular”, según la definición contenida en el artículo 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Puesto que la Convención “se aplica a los tratados entre Estados” (art. 1), a los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional o entre estos últimos no se aplicará la Convención, sin que esto afecte a su valor jurídico. El hecho de que tal instrumento no se aplique a esos acuerdos tampoco afectará a la aplicación a ellos de cualquiera de las normas de la Convención a que estuvieren sometidos en virtud del Derecho Internacional independientemente de la Convención ni a la aplicación de esta a las relaciones de los Estados entre sí en virtud de acuerdos internacionales en los que también fueren partes otros sujetos de Derecho Internacional (art. 3). Con arreglo a la misma norma, la Convención tampoco es aplicable a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, lo cual no afectará a su valor jurídico.

En 1986 se adoptó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Según el artículo 2.1.a de esta Convención, se entiende por tratado 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, sea que ese acuerdo “conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

Teniendo en cuenta los instrumentos mencionados puede decirse, en sentido amplio, que un tratado es un acuerdo celebrado por escrito entre sujetos de Derecho Internacional y regido por este ordenamiento.

Únicamente los acuerdos entre Estados regidos por el Derecho Internacional son tratados. Por lo tanto, no son tratados los acuerdos entre Estados que caen bajo la regulación del Derecho interno de alguno de ellos, como la compra por el Estado acreditante al Estado receptor de los locales necesarios para la misión diplomática.

Solo un acuerdo que crea derechos y obligaciones en el ámbito del Derecho

Internacional es un tratado. De lo contrario, estamos en presencia de un acuerdo político.

Para saber si un acuerdo es político hay que tener en cuenta, en primer lugar, la voluntad expresa de las partes, si en el texto se explicita su naturaleza. A falta de voluntad expresa, habrá que atender al lenguaje utilizado y a diversos indicios, entre ellos la denominación, la ausencia de párrafos preambulares, la no utilización de la expresión “Estados partes”, que no se someta el acuerdo a aprobación parlamentaria, la ausencia de previsiones con respecto al arreglo de las controversias que pudieran surgir en torno a la aplicación o interpretación del acuerdo, la decisión de no registrar el acuerdo en el Registro de Tratados y Acuerdos Internacionales de la Secretaría General de las Naciones Unidas (Remiro Brotóns et al., 2010).

La denominación más usual para un acuerdo político parece ser “memorando de entendimiento”. Sin embargo, no siempre que se la utiliza se está en presencia de un acuerdo no jurídico.

En ocasiones, los memorandos de entendimiento versan sobre cooperación en cuestiones técnicas, culturales, comerciales, laborales o de defensa, constituyendo acuerdos administrativos relacionados con un tratado-marco.

La Convención de Viena eliminó la distinción que con anterioridad se hacía entre tratados y acuerdos en forma simplificada. Por lo tanto, estos acuerdos también son tratados. Firmados por el ministro de relaciones exteriores o el jefe de misión diplomática, no están sujetos a ratificación, pues obligan por la firma, y pueden constar en más de un instrumento conexo, como en el caso de los tratados bilaterales concluidos mediante el canje de notas diplomáticas.

La definición de tratado contenida en la Convención de Viena aclara que la denominación que reciba un acuerdo celebrado por escrito entre Estados no es relevante para determinar su naturaleza, ya que será un tratado si produce efectos jurídicos en la esfera del Derecho Internacional, independientemente de su denominación. “Tratado” es frecuente en tratados bilaterales, pero también se usa en tratados multilaterales. Convenciones, convenios, acuerdos, pactos, estatutos, protocolos, cartas, constituciones, actas, concordatos son algunas de las otras denominaciones utilizadas. Los tratados codificadores, así como los tratados de desarrollo progresivo del Derecho Internacional, reciben la denominación de convenciones. Los tratados de derechos humanos se denominan usualmente “convenciones” o “pactos”, aunque también encontramos en esta materia “convenios” y “cartas”. Se llama “protocolo” a un tratado complementario de otro, y el tratado constitutivo de las Naciones Unidas ha sido denominado “carta”, lo mismo que otros

tratados constitutivos de organizaciones internacionales.

3.3. Clases de tratados

Teniendo en cuenta el número de Estados partes, hay tratados bilaterales y tratados multilaterales. Un tratado bilateral puede contener disposiciones que conducen a la *multilateralización*, así como un tratado multilateral puede derivar en la *bilateralización* de al menos parte de su contenido (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 186). El Protocolo al Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente y al Funcionamiento del Canal de Panamá (1977), abierto a la adhesión de todos los Estados del mundo a partir del 1 de octubre de 1979, es un ejemplo de lo primero, mientras que el Convenio-Marco Europeo sobre cooperación transfronteriza entre comunidades o autoridades territoriales (1980), que establece el compromiso de los Estados partes de esforzarse en promover la conclusión de acuerdos interestatales bilaterales y de los demás acuerdos que resulten necesarios para desarrollar ese tipo de cooperación, puede citarse como ejemplo de *bilateralización*.

Existen, además, tratados multilaterales generales. Son los que contienen normas generales, dirigidas al conjunto de los Estados y aplicables a aquellos que asumen la calidad de partes. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas son algunos de los tratados multilaterales generales. Hay tratados de esta clase cuyo número de partes es muy elevado, reafirmando así la vocación de universalidad que los caracteriza. En cambio, los tratados multilaterales restringidos contienen normas solo aplicables a un determinado grupo de Estados.

Los tratados multilaterales pueden ser abiertos o cerrados. Los abiertos admiten adhesión como acto unilateral, los cerrados la admiten por vía de negociación. El Tratado de Asunción, constitutivo del Mercosur, permite la adhesión, “mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración” (art. 20).

3.4. Celebración de los tratados

a) La primera cuestión a considerar es la capacidad para celebrar tratados. Según el artículo 6 de la Convención de Viena, todo Estado tiene esa capacidad. Ahora bien, en los Estados de estructura compleja se presenta la cuestión de si los entes territoriales (provincias, regiones, Estados federados, comunidades autónomas, etc.) pueden celebrar tratados internacionales.

El Derecho Internacional deja la cuestión en manos de los Derechos internos, que suelen reconocer a los entes territoriales un *ius ad tractatum* bajo control de los órganos centrales, y las partes de estos acuerdos, “para los que se evita a menudo la denominación formal de *tratados*, suelen ser *homogéneas* (entes territoriales dependientes de ambos lados) dada la reluctancia de los Estados soberanos a mezclarse con quienes no lo son” (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 242).

La Argentina es un Estado federal (por lo tanto, un Estado de estructura compleja) y su Constitución faculta a las provincias a “celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso Nacional” (art. 124). Obsérvese que el texto habla de convenios y no de tratados, confirmando la tendencia mencionada.

b) En todos los actos concernientes a la celebración de un tratado intervienen representantes de los Estados. Según el artículo 7.1.a de la Convención, se considerará que una persona representa a un Estado “si presenta los adecuados plenos poderes”, es decir, “un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado” (art. 2.1.c). Sin embargo, puede una persona representar a un Estado sin presentar plenos poderes si se deduce de la práctica de los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de estos ha sido considerar a esa persona representante estatal (art. 7.1.b).

En razón de sus funciones, y sin que sea necesario presentar plenos poderes, se considera que representan a su Estado los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, “para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado”, así como los jefes de misión diplomática, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado receptor, y los representantes acreditados “ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano” (art. 7.2).

Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que no pueda considerarse autorizada para representar a un Estado no produce efectos jurídicos, a menos que sea ulteriormente confirmado (art. 8).

c) La celebración de los tratados comprende varios actos. Comienza con la negociación, que debe desarrollarse sobre la base del principio de la buena fe y

ha sido definida por Gutiérrez Espada (1995) como el intercambio de propuestas y contrapropuestas para llegar a un ajuste de las posiciones de partida y confluir finalmente en un texto acordado por todos. Un tratado multilateral general puede negociarse en una conferencia internacional o en el ámbito de una organización internacional. A estos últimos se aplican las reglas de la Convención de Viena de 1969, “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización” (art. 5).

d) La adopción del texto es el acto por el cual los Estados negociadores consienten el texto elaborado durante la negociación. De acuerdo con la Convención, “la adopción del texto de un tratado se efectuará por el consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración” (art. 9.1). Cuando tiene lugar en una conferencia internacional requiere una mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, “a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente” (art. 9.2), como la regla del consenso. En el ámbito de una organización internacional, la adopción se efectúa de acuerdo con las normas pertinentes de esta.

e) La autenticación del texto está íntimamente unida a la etapa anterior, “es su manifestación documental” (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 251). Según la Convención, el texto se autentica mediante el procedimiento que prescriba el tratado o hayan convenido los Estados participantes en su elaboración. “A falta de tal procedimiento, mediante la firma, la firma *ad referendum* o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados en el texto del tratado o en el acta final de la conferencia en la que figure el texto” (art. 10.b).

La rúbrica es una firma que solo incluye las iniciales del firmante, y la firma *ad referendum* está sujeta a confirmación. Son formas de autenticación a las que se acude cuando el representante carece de poder suficiente para firmar o de la autorización requerida para hacerlo.

La firma es el procedimiento de autenticación de mayor peso específico. Encierra una promesa más firme que cualquier otra de acabar obligándose por el tratado, particularmente cuando ha sido precedida de rúbrica o de la firma del Acta Final de la Conferencia de que se trate, suficientes ya a los fines estrictamente autenticatorios (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 252).

Los tratados adoptados en el ámbito de organizaciones internacionales suelen estar sometidos a procedimientos específicos de autenticación, que pueden consistir en la incorporación del texto, como anexo, a una resolución del órgano adoptante, o la firma de su presidente y la del más alto funcionario de la Organización.

Los tratados multilaterales generales quedan abiertos a la firma en un lugar

determinado, indefinidamente o hasta una fecha límite.

Un Estado signatario tiene la obligación de no frustrar el objeto y el fin del tratado antes de su entrada en vigor (art. 18). En cambio, la rúbrica o la firma *ad referendum* no generan esa obligación, lo que confirma su valor provisional (Casado Raigón, 2012, p. 187).

Si después de la autenticación se advierte que el texto contiene un error, se procederá a corregirlo del modo señalado en el artículo 79 de la Convención, a menos que los Estados signatarios y los Estados contratantes decidan proceder a la corrección de otro modo.

f) A la fase inicial del proceso de celebración de los tratados (negociación, adopción del texto y autenticación del texto) sigue la fase final, que comprende la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado y el perfeccionamiento del consentimiento. Pero hay también una fase intermedia, regulada por el Derecho interno.

Las formas de manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado son la firma, el canje de los instrumentos que constituyen el tratado, la ratificación, la aprobación, la adhesión o “cualquier otra forma que se hubiere convenido” (art. 11).

Por otro lado, el artículo 11 de la Convención de Viena de 1986 agrega, como forma específica de manifestación del consentimiento de una organización internacional en obligarse por un tratado, la confirmación formal, que equivale a la ratificación.

Los Estados negociadores tienen libertad para elegir cualquier forma de manifestación del consentimiento, y habitualmente en las cláusulas finales del tratado se conviene la forma, pero la voluntad de los negociadores al respecto puede constar de otro modo, como se desprende de los artículos 12 a 16 de la Convención de 1969.

g) La firma como forma de manifestación del consentimiento consta en el propio tratado, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la ratificación, la aceptación, la aprobación y la adhesión, que constan en un instrumento ad hoc. Además, si es la forma de manifestación del consentimiento elegida, la firma puede cumplir una doble función: autenticar el texto de un tratado y expresar el consentimiento en obligarse por él.

El consentimiento de un Estado se manifestará a través de la firma de su representante cuando el tratado así lo disponga, cuando de otro modo conste que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto, o cuando

la intención de un Estado de dar tal efecto a la firma de su representante se desprende de los plenos poderes, “o se haya manifestado durante la negociación” (art. 12.1). Más aun, para los efectos del párrafo 1 del artículo 12 (manifestación del consentimiento), la rúbrica “equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido” (art. 12.2.a) y la firma *ad referendum* equivaldrá a la firma definitiva del tratado, si es confirmada (art. 12.2.b). En este supuesto la fecha del tratado será la fecha de la firma sujeta a confirmación.

La firma como forma de manifestación del consentimiento es propia de los tratados bilaterales, aunque muchos de estos tratados están sujetos también a ratificación. A los tratados bilaterales sujetos a ratificación la doctrina los considera tratados bilaterales de procedimiento largo, que contrastan con los tratados bilaterales de procedimiento corto (Casanovas y Rodrigo, 2013).

h) El canje de los instrumentos que constituyen un tratado es también una forma de manifestación del consentimiento propia de los tratados bilaterales; concretamente, de los acuerdos en forma simplificada. El tratado se concluye a través de un intercambio de notas entre el jefe de una misión diplomática y el ministro de relaciones exteriores del Estado receptor. Este tipo de tratados suele concluirse en aplicación de otros tratados¹.

i) La ratificación es un acto que, por lo general, emana del jefe de Estado. Consta en un instrumento de carácter solemne. En cambio, la aceptación y la aprobación se formalizan en instrumentos menos solemnes firmados por el jefe de gobierno o el ministro de relaciones exteriores.

j) La adhesión, a diferencia de la ratificación, la aceptación y la aprobación, no va precedida de la firma. Es una forma de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado multilateral a la que pueden acudir Estados no signatarios. Comenzó siendo un procedimiento reservado a los Estados que no habían participado en la negociación de un tratado en vigor, y por ende no pudieron firmarlo ni ratificarlo, pero estaban dispuestos a asumir la condición de partes. Hoy se admite la adhesión a un tratado que todavía no ha entrado en vigor y hasta es posible que un Estado negociador manifieste su consentimiento mediante adhesión si ha decidido no firmar el tratado.

k) La celebración de un tratado incluye un paso más: el perfeccionamiento del consentimiento. La Convención establece dos formas de perfeccionamiento: el

¹Según el Reglamento de los Comités de Integración argentino-chilenos, la creación de nuevos Comités “se realizará por intercambio de notas reversales” (art. 18). Por esta vía se creó en mayo de 2011 el Comité de Integración Las Leñas.

canje entre los Estados contratantes de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión y el depósito de tales instrumentos en poder del depositario, “salvo que el tratado disponga otra cosa” (art. 16). También hace referencia a una tercera forma, la notificación de esos instrumentos a los Estados contratantes o al depositario, “si así se ha convenido” (art. 16.c).

El canje de los instrumentos en que consta la manifestación del consentimiento -que no hay que confundir con el canje de los instrumentos que constituyen el tratado- es la forma tradicional de perfeccionamiento del consentimiento en el caso de los tratados bilaterales.

El depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión es la forma de perfeccionamiento usual en los tratados multilaterales. Son los Estados negociadores los que designan al depositario del tratado, “en el tratado mismo o de otro modo”, pudiendo el depositario ser un Estado, o más de un Estado, una organización internacional o su principal funcionario administrativo (art. 76.1). Las funciones del depositario son de carácter internacional y debe actuar imparcialmente al desempeñarlas (art. 76.2). Entre sus funciones figuran: custodiar el texto original del tratado, así como los plenos poderes que le hayan sido remitidos; extender copias certificadas del texto original; preparar todos los demás textos del tratado en los otros idiomas “que puedan requerirse en virtud del tratado”; recibir las firmas del tratado y registrar el tratado en la Secretaría de las Naciones Unidas (art. 77). Además del registro, debe procederse a la publicación del tratado, de lo que también ha de encargarse el depositario (art. 80).

3.5. Fase interna

Concluida la fase inicial y antes de la manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado, existe una fase regulada por el Derecho interno. En Argentina, corresponde al Congreso de la Nación “aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”, según el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación. El control de constitucionalidad previo a la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado está previsto en diversos regímenes constitucionales, mientras que otros prevén la consulta popular en la conclusión de ciertos tratados².

²En 1977 el tratado con Estados Unidos relativo a la retrocesión de soberanía del Canal fue sometido a referéndum nacional, y el 31 de diciembre de 1999 se traspasó su administración a la Autoridad del Canal de Panamá.

3.6. Reservas

a) De acuerdo con la Convención, “se entiende por reserva una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (art. 2.1.d).

Teniendo en cuenta el *ius ad tractatum* de las organizaciones internacionales, así como la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados, la Guía de la Práctica sobre las Reservas a los Tratados, elaborada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su período de sesiones de 2011, incluye a esas organizaciones al definir el concepto de reserva y agrega que también pueden formularse reservas cuando un Estado hace una notificación de sucesión en un tratado.

Cabe aclarar que: 1) la formulación conjunta de una reserva -por varios Estados o varias organizaciones internacionales- no altera su carácter unilateral³; 2) las reservas solo pueden formularse con respecto a los tratados multilaterales, porque una declaración unilateral formulada antes de la entrada en vigor de un tratado bilateral por un Estado (o una organización internacional) que se propone obtener de la otra parte una modificación de las disposiciones del tratado no constituye una reserva.

A raíz de la evolución que hubo desde la doctrina de la unanimidad (según la cual una reserva no contemplada en el tratado debía tener aceptación unánime de los Estados interesados para producir efectos), la Convención de Viena de 1969 ha adoptado una postura flexible a fin de favorecer la participación generalizada en los tratados. Un Estado puede formular una reserva, a menos que el tratado lo prohíba o disponga que solamente pueden hacerse determinadas reservas y la reserva de que se trate no figure entre las permitidas, o que, fuera de estos casos, no exista compatibilidad de la reserva con el objeto y el fin del tratado. Este es el principio general consagrado en el artículo 19 de la Convención.

Algunos tratados que contienen la prohibición general de reservas son la Convención marco sobre cambio climático (art. 24), la Convención de Ottawa sobre la prohibición de minas antipersonal (art. 19) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 120).

b) En razón de su objeto, las reservas pueden ser de exclusión o de modificación,

³Guía de la Práctica, directriz 1.1.5.

pues con ellas se busca “excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización”, según precisa el párrafo 1 de la directriz 1.1 de la Guía. Las de exclusión apuntan a la no aplicación de determinadas disposiciones de un tratado, o de ciertos párrafos o apartados de esas disposiciones. La reserva puede referirse a una disposición o a varias, así como a un párrafo o apartado o a varios, pero no a parte de un tratado. Un Estado puede manifestar su consentimiento en obligarse respecto de parte de un tratado “si el tratado lo permite o los demás Estados contratantes convienen en ello” (art. 17.1 de la Convención), pero en tal caso no estará formulando una reserva sino valiéndose de lo que la doctrina denomina “cláusulas de exclusión” (*opting o contracting out*)⁴.

En otros casos, las reservas “tienen por objeto modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones de un tratado o del tratado en su conjunto con respecto a ciertos aspectos específicos, en su aplicación al Estado o la organización internacional que formula la reserva” (directriz 1.1.2).

De acuerdo con la Guía, una declaración unilateral formulada en el momento de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado mediante la cual un Estado o una organización internacional “se propone limitar las obligaciones que el tratado le impone, constituye una reserva”, lo mismo que las declaraciones por las que un Estado o una organización internacional “se propone cumplir una obligación en virtud del tratado de manera diferente pero equivalente a la impuesta por el tratado”.

c) En cuanto a la validez sustantiva de las reservas, la Guía indica que si el tratado prevé la formulación de determinadas reservas sin especificar su contenido solo pueden formularse aquellas que no sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado, es decir, que no afecten a un elemento esencial, necesario para su estructura general, de tal manera que comprometan la razón de ser del tratado.

Las reservas deben redactarse en términos que permitan apreciar su alcance, porque si resultan vagas o generales no son compatibles con el objeto y el fin del tratado. En lo posible, deberían indicar los motivos por los cuales se formulan.

Además, no puede formularse una reserva a una norma de *ius cogens*, “a menos que esa reserva sea compatible con los derechos y obligaciones esenciales que dimanen del tratado” (directriz 3.1.4.5).

d) Una reserva expresamente autorizada no exige la aceptación ulterior de los demás Estados contratantes, a menos que el tratado así lo disponga (art. 20.1).

⁴También hay cláusulas de opción. A ellas se refiere el artículo 17. 2 de la Convención de Viena.

Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y el fin del tratado se desprenda que la aplicación del tratado en su integridad entre todas las partes es condición esencial del consentimiento de cada una de ellas en obligarse por el tratado, una reserva exigirá la aceptación de todas las partes (art. 20.2). Ahí aparece en toda su dimensión el principio de integridad del tratado, o principio del consentimiento unánime, aquel que prevaleció hasta mediados del siglo XX y fue cediendo ante el empuje de la tendencia luego reflejada en la Convención de Viena.

El artículo 20.3 contempla el caso de los tratados constitutivos de una organización internacional, diciendo que, a menos que el tratado disponga otra cosa, “una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de esa organización”.

En los casos no previstos en esas disposiciones del artículo 20, y a menos que el tratado disponga otra cosa, la aceptación de una reserva por otro Estado contratante determinará que la reserva sea efectiva con respecto a ese Estado si el tratado ya está en vigor o cuando entre en vigor para ambos Estados (art. 20.4.a), mientras que “la objeción hecha por otro Estado contratante a una reserva no impedirá la entrada en vigor del tratado entre el Estado que haya hecho la objeción y el Estado autor de la reserva”, a menos que el primero “manifieste inequívocamente la intención contraria” (art. 20.4.b). Además, una reserva surtirá efecto en cuanto la acepte al menos otro Estado contratante (art. 20.4.c). El artículo 20.5 agrega que, a menos que el tratado disponga otra cosa, se considera que una reserva ha sido aceptada por un Estado si este no ha formulado ninguna objeción a ella “dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que haya recibido la notificación de la reserva o en la fecha en que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, si esta última es posterior”.

e) En las relaciones entre el Estado autor de la reserva y el Estado que la acepta, las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva quedarán modificadas en la medida determinada por esta (art. 21.1), pero la reserva no modificará las disposiciones del tratado con respecto a las otras partes en sus relaciones inter se (art. 21.2). En cuanto a las objeciones⁵, la Convención precisa que cuando un Estado que haya hecho una objeción a una reserva no se oponga a la entrada en vigor del tratado con el Estado autor de la reserva, las disposiciones a que se refiera esta no se aplicarán entre los dos Estados en la medida determinada por la reserva (art.

⁵La objeción es una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o una organización internacional como reacción ante una reserva formulada por otro Estado u otra organización internacional, por la que el Estado o la organización internacional se propone impedir que la reserva produzca los efectos jurídicos deseados u oponerse de otra manera a la reserva (directriz 2.6.1).

21.3). De modo que la objeción simple no impide la entrada en vigor del tratado, a diferencia de la objeción calificada, y hay que destacar que los efectos de la primera son los mismos que los de la aceptación, cuando la reserva es de exclusión.

f) Una reserva puede ser retirada en cualquier momento, salvo que el tratado disponga otra cosa, no siendo exigible para ello el consentimiento del Estado aceptante. También puede retirarse en cualquier momento una objeción, con la misma salvedad. El retiro de una reserva solo producirá efecto respecto de otro Estado contratante cuando este haya recibido la notificación, mientras que el retiro de una objeción solo producirá efecto cuando su notificación haya sido recibida por el reservante, “salvo que el tratado disponga o se haya convenido otra cosa” (art. 22).

Es posible el retiro parcial de una reserva, lo cual modifica los efectos jurídicos de una reserva “en la medida determinada por la nueva formulación de la reserva” (directriz 2.5.11). La Guía también propone el examen periódico de la utilidad de las reservas con el objeto de considerar el retiro de las que ya no respondan a la finalidad que se tuvo en cuenta al formularlas.

g) Del procedimiento en esta materia se ocupa el artículo 23 de la Convención, estableciendo las siguientes reglas: 1) la reserva, la aceptación a una reserva y la objeción a una reserva deben formularse por escrito y comunicarse tanto a los Estados contratantes como a los demás Estados “facultados para llegar a ser partes en el tratado”; 2) la reserva formulada en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, debe ser confirmada formalmente al manifestarse el consentimiento en obligarse por el tratado y “se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación”; 3) la aceptación expresa de una reserva o la objeción a una reserva que sean anteriores a tal confirmación no tendrán que ser confirmadas; 4) el retiro de una reserva o de una objeción a una reserva tienen que formularse por escrito.

h) Cabe preguntarse si es admisible una reserva tardía, es decir, una formulada luego de haberse manifestado el consentimiento en obligarse por un tratado. La Guía especifica que no puede formularse una reserva en ese momento, a menos que el tratado disponga otra cosa o que ninguna de las demás partes contratantes se oponga a la formulación tardía de la reserva. De este modo, se convalida la práctica desarrollada por el Secretario General de las Naciones Unidas.

3.7. Declaraciones interpretativas

De acuerdo con la Guía, una declaración interpretativa es una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, por la que se precisa o aclara el sentido o alcance que el declarante atribuye a un tratado o a alguna de sus disposiciones. La calificación de una declaración unilateral como reserva o declaración interpretativa depende de los efectos jurídicos que su autor tiene por objeto producir⁶.

Una declaración interpretativa no es oponible a otros Estados contratantes o facultados para llegar a ser partes en el tratado, salvo que medie aprobación, es decir, una declaración unilateral hecha por un Estado u organización internacional como reacción a una declaración interpretativa, expresando su acuerdo con la interpretación formulada. La aprobación ha de ser expresa, porque no se presume (aunque en casos excepcionales puede inferirse del comportamiento de los Estados o las organizaciones internacionales de que se trate, considerando todas las circunstancias pertinentes) ni puede inferirse del mero silencio. La aprobación vincula al Estado autor de la declaración y a los Estados que la hayan aprobado. Puede haber oposición a una declaración interpretativa o recalificación, entendiéndose por “recalificación” una declaración unilateral hecha por un Estado o una organización internacional como reacción a una declaración interpretativa, “por la que su autor tiene la intención de tratar a esta última como una reserva” (directriz 2.9.3).

Una declaración interpretativa condicionando el consentimiento en obligarse a una interpretación específica del tratado o de alguna de sus disposiciones (declaración interpretativa condicional) está sujeta a las normas aplicables a las reservas.

Las declaraciones interpretativas pueden estar referidas a tratados bilaterales, y en cuanto al procedimiento son aplicables las reglas sobre las reservas. Pueden retirarse y se admite su formulación tardía, salvo que alguno de los demás Estados u organizaciones internacionales contratantes se oponga a ello.

3.8. Entrada en vigor y aplicación provisional

a) El artículo 24.1 de la Convención de Viena establece que “un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores” (los Estados que han participado en la elaboración y la adopción del

⁶Para determinar si una declaración unilateral es una reserva o una declaración interpretativa hay que “interpretar la declaración de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, con miras a dilucidar la intención de su autor, a la luz del tratado a que se refiere” (directriz 1.3.1).

texto del tratado). Por regla general, todo tratado tiene una cláusula referida a su entrada en vigor. Así, la propia Convención entró en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión (art.84.1), lo cual ocurrió el 27 de enero de 1980.

Si no hay disposición o acuerdo al respecto, “el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado” (art. 24.2). Esta regla residual tiene sentido en el caso de los tratados multilaterales restringidos, pero no en el de los tratados multilaterales generales. Si se aplicara a estos, “su entrada en vigor se sometería a una condición demasiado severa, contradictoria, al menos en la mayoría de los casos, con el espíritu de los negociadores” (Casado Raigón, 2012, p. 190).

Un Estado puede manifestar su consentimiento en obligarse por un tratado en fecha posterior a la de su entrada en vigor. En este caso, el tratado entrará en vigor para ese Estado en la fecha en que haya manifestado su consentimiento, a no ser que el tratado disponga otra cosa (art. 23.3).

b) Es posible la aplicación provisional de un tratado, o de una parte de él, antes de su entrada en vigor, si el propio tratado lo dispone o si los Estados negociadores lo han convenido de otro modo (art. 25.1).

Podrá terminar la aplicación provisional respecto de un Estado “si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto” (art. 25.2).

3.9. Observancia y aplicación de los tratados

a) La regla básica relativa a la observancia de los tratados es que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (art. 26). Ahí se enuncia el principio *pacta sunt servanda*.

El principio de primacía del Derecho Internacional está enunciado en el artículo 27 de la Convención: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Al no hacerse distinción alguna con respecto a las disposiciones de Derecho interno, resulta claro que ni siquiera las disposiciones de la Constitución pueden invocarse, salvo el supuesto de nulidad que luego veremos. En la Convención de Viena de 1986 hay una norma similar (art. 27.2). La consecuencia necesaria de ello es que los Estados partes deben adecuar su

Derecho interno a las normas de los tratados a cuyo cumplimiento se han obligado.

b) En materia de aplicación temporal de los tratados, el principio que sienta el artículo 28 de la Convención es el de la irretroactividad, “salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. Por ende, las disposiciones de un tratado no se aplican a los actos o hechos que han tenido lugar antes de su entrada en vigor sino a los posteriores a ese momento. Se aplican también a los *facta pendencia*, es decir, a los actos o hechos que han tenido origen con anterioridad a la entrada en vigor pero siguen existiendo y produciendo efectos después de ello.

c) El ámbito territorial de los tratados está definido en el régimen de Viena en estos términos: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo” (art. 29). Esta regla general no está exenta de dificultades en su aplicación en el caso de los Estados federales, cuyos regímenes constitucionales distribuyen competencias entre el Estado nacional y los entes territoriales. De ahí que ciertos tratados incluyen disposiciones (“cláusula federal”) orientadas a asegurar su cumplimiento cuando un Estado parte se halla constituido como Estado federal.

El artículo 29 de la Convención se refiere al territorio de cada una de las partes, no al territorio (o territorios) de cuya administración sea responsable alguna de ellas en el marco del Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas, pero la aplicación de los tratados a territorios no autónomos está prevista en algunos instrumentos. No existiendo ninguna disposición al respecto en el tratado, su aplicación a un territorio no autónomo mediante declaración o notificación de la potencia administradora no es oponible a las partes que no hayan consentido tal extensión. Argentina, al ratificar en 1984 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresó que rechazaba la extensión de su aplicación a las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur que fue notificada por el Reino Unido al Secretario General de las Naciones Unidas el 20 de mayo de 1976 y que reafirmaba sus derechos de soberanía sobre esos territorios. Lo mismo hizo al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los tratados de derechos humanos establecen obligaciones que deben ser cumplidas por los Estados partes incluso fuera de su territorio. En su opinión consultiva de 2004 sobre el muro construido por Israel en territorio palestino ocupado, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que, “si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional” (párr. 109).

d) El artículo 30.1 de la Convención de Viena regula la cuestión de la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia, estableciendo que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia han de determinarse según las reglas previstas en los párrafos siguientes. Así, de acuerdo con el párrafo 2, “cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último”.

Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el primero no quede terminado ni suspendido conforme al artículo 59 de la Convención, “el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior” (art. 30.3). El párrafo 4 contempla el supuesto de que las partes en el tratado anterior no sean, todas ellas, partes en el tratado posterior, diciendo que, en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados, el anterior se aplicará solamente en la medida que sus disposiciones sean compatibles con las del posterior, y que en las relaciones entre un Estado que sea parte en los dos tratados y un Estado que lo sea solo en uno de ellos, “los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean parte”, lo cual no impide que esos dos Estados celebren entre sí un acuerdo para modificar en sus relaciones mutuas el tratado en el que ambos sean partes, porque el párrafo 5 del artículo 30 deja a salvo la posibilidad prevista en el artículo 41 de celebrar acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente.

Ciertas disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) sirven de ejemplo de la aplicación de algunas de las reglas que acabamos de mencionar: el artículo 311.1 establece que la CONVEMAR prevalecerá, en las relaciones entre los Estados partes, sobre las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar de 1958, y el párrafo 2 del mismo artículo dispone que la Convención “no modificará los derechos ni las obligaciones de los Estados Partes dimanantes de otros acuerdos compatibles con ella”.

3.10. Interpretación de los tratados

La regla general de interpretación es la enunciada en el artículo 31.1: un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos “en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El contexto comprende el texto, incluidos el preámbulo y anexos, así como todo acuerdo

referido al tratado, concertado entre todas las partes con motivo de su celebración, y todo instrumento que una o más partes hayan formulado con motivo de la celebración del tratado y haya sido aceptado por las demás partes como referente al tratado (art. 31.2). Una declaración interpretativa constituye un instrumento que forma parte del contexto.

El artículo 31.3 estipula que junto con el contexto hay que tener en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o la aplicación del tratado, toda práctica seguida en la aplicación del tratado de la que se desprenda el acuerdo de las partes sobre la interpretación del mismo y toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes. La CDI ha aprobado un proyecto de conclusiones sobre los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior, del cual resulta que por acuerdo ulterior como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 a), “se entiende un acuerdo sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones al que hayan llegado las partes después de la celebración del tratado”, mientras que, por práctica ulterior como medio auténtico de interpretación en virtud del artículo 31, párrafo 3 b), “se entiende el comportamiento observado en la aplicación del tratado, después de su celebración, por el cual conste el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado”, y por práctica ulterior como medio de interpretación complementario en virtud del artículo 32, “se entiende el comportamiento observado por una o más partes en la aplicación del tratado, después de su celebración”⁷.

“La práctica ulterior en virtud de los artículos 31 y 32 puede consistir en cualquier comportamiento de una parte en la aplicación de un tratado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole”.

En aquellos tratados que incluyen precisiones terminológicas, como la propia Convención, habrá que estar a la definición de los términos empleados y “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes” (art. 31.4).

En cuanto a la interpretación teleológica, basada en el objeto y el fin del tratado, se impone decir que del artículo 31.1 deriva el principio del efecto útil, según el cual si hay más de una interpretación posible corresponde elegir aquella que mejor satisface el objeto y el fin del tratado (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 377).

También es válido recurrir a medios de interpretación complementarios, particularmente a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su

⁷Proyecto de conclusiones de la CDI, incorporado como anexo de la resolución 73/202 de la Asamblea General, aprobada el 20 de diciembre de 2018.

celebración, para confirmar el sentido resultante de la regla general de interpretación, o para determinar el sentido cuando la interpretación hecha de conformidad con esa regla deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable (art. 32). La correspondencia diplomática relativa a un tratado y las actas de las sesiones de una conferencia internacional se consideran trabajos preparatorios, al igual que otros antecedentes. En cuanto a las circunstancias de la celebración del tratado, lo que ha de considerarse es la *ocassio legis*, que se define como “aquella situación concreta que fue la causa eficiente de la aprobación del tratado” (Novak, 2013, p. 169).

En el artículo 33 aparecen reglas para resolver los problemas de interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

3.11. Los tratados y terceros Estados

La regla general en esta materia es que “un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento” (art. 34). Queda así reflejada la máxima *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (los pactos ni obligan ni benefician a terceros).

No obstante, un tratado puede dar origen a una obligación para un tercer Estado si este la acepta expresamente por escrito (art. 35), y no podrá ser revocada ni modificada sin el consentimiento de las partes y del tercer Estado (art. 37.1).

También es posible que un tratado dé origen a un derecho para un tercer Estado, si las partes tienen la intención de conferirlo, ya sea al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual este pertenezca, o a todos los Estados, y si el tercer Estado asiente, presumiéndose su asentimiento en tanto no haya indicación en contrario, a menos que el tratado disponga otra cosa (art. 36.1). En este caso, el Estado que ejerza el derecho conferido debe cumplir las condiciones que prescriba el tratado o se establezcan de conformidad con él (art. 36.2). Cuando se haya originado un derecho para un tercer Estado las partes no podrán revocarlo ni modificarlo “si consta que se tuvo la intención de que el derecho no fuera revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado” (art. 37.2).

En los párrafos 1 y 3 del artículo 254 de la CONVEMAR está previsto que los Estados que hayan presentado a un Estado ribereño un proyecto para realizar investigación científica marina en su zona económica exclusiva o en su plataforma continental den aviso a los Estados vecinos sin litoral o en situación geográfica desventajosa y notifiquen de ello al Estado ribereño. A estos Estados, si lo solicitan,

se dará la oportunidad de participar, cuando sea factible, en el proyecto propuesto. Se presenta allí un supuesto de creación de derechos a favor de terceros Estados.

3.12. Enmienda y modificación

Con arreglo al artículo 39, “un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes”, al que se aplicarán las normas enunciadas en la Parte II de la Convención, “salvo en la medida que el tratado disponga otra cosa”.

La enmienda se concibe en el régimen de Viena como el cambio en alguna o algunas disposiciones del tratado que afecta a todos los Estados partes, mientras que la modificación se refiere a un acuerdo celebrado únicamente entre algunas de las partes para modificar el tratado (Pastor Ridruejo, 2013, p. 119).

Para la enmienda de los tratados multilaterales, el artículo 40 establece diversas reglas de carácter supletorio. Toda propuesta habrá de ser notificada a todos los Estados contratantes, los cuales tendrán derecho a participar en la decisión de medidas relacionadas con la propuesta de enmienda -como, por ejemplo, la convocatoria a una conferencia internacional-, así como en la negociación y celebración del acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado. Todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado también lo está para ser parte en el tratado en su forma enmendada (art. 40.3). A su vez, con arreglo al artículo 40.4, el acuerdo de enmienda obliga a los Estados que lleguen a ser partes en él, pero no a los Estados que solamente sean partes en el tratado, con respecto a los cuales se aplicará el apartado b) del párrafo 4 del artículo 30; en otras palabras, en las relaciones entre un Estado que sea parte en el tratado y en el tratado enmendado y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones de cada Estado se regirán por el tratado en el que ambos sean partes.

Todo Estado que llegue a ser parte en el tratado después de la entrada en vigor del acuerdo de enmienda será considerado, si no ha manifestado una intención diferente, parte en el tratado en su forma enmendada y, a su vez, parte en el tratado no enmendado con respecto a los Estados que no estén obligados por el acuerdo en virtud del cual se haya enmendado el tratado. Son las reglas enunciadas en el párrafo 5 del artículo 40.

Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo para modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas, si esta posibilidad está prevista o no está prohibida por el tratado, pero a condición de que la modificación no afecte al disfrute de los derechos que las demás partes tienen en virtud del tratado

ni al cumplimiento de sus obligaciones y no se refiera a ninguna disposición cuya modificación no sea compatible con la consecución efectiva del objeto y el fin del tratado en su conjunto; además, las partes interesadas deberán notificar a las demás su intención de celebrar el acuerdo y la modificación dispuesta en él, salvo que en el caso de estar prevista la posibilidad de modificación el tratado disponga otra cosa (art. 41).

3.13. Nulidad

Las causas de nulidad de los tratados se establecen de manera taxativa, como se desprende del artículo 42.1: “La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención”.

La nulidad no menoscabará en absoluto “el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de ese tratado” (art. 43).

Una causa de nulidad no podrá alegarse sino con respecto a la totalidad del tratado, salvo que se refiera sólo a determinadas cláusulas, supuesto en el que podrá alegarse cuando tales cláusulas sean separables de las demás en cuanto a su aplicación, se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aplicación de ellas no ha constituido para la otra parte o las otras partes una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado en su conjunto y “la continuación del cumplimiento del resto del tratado no sea injusta”. Así está previsto en los párrafos 2 y 3 del artículo 44.

Un Estado perderá el derecho a alegar una causa de nulidad si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, ha convenido expresamente en que el tratado es válido o se ha comportado de tal manera que deba considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado (art. 45).

a) La primera causa de nulidad contemplada en la Convención está relacionada con el Derecho interno. “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que la violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”, expresa el párrafo 1 del artículo 46. Y el siguiente párrafo agrega: “Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en

la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

La norma de importancia fundamental que resulte violada ha de ser una norma constitucional, o que integre el bloque de constitucionalidad, siempre que concierna a la competencia para celebrar tratados.

b) La segunda causa de nulidad prevista tiene que ver con la restricción específica de los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado. El artículo 47 dice que si tales poderes tienen una restricción específica, su inobservancia podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por dicho representante siempre que, con anterioridad a esa manifestación, la restricción haya sido notificada a los demás Estados negociadores.

La CDI puntualiza que esa disposición se limita a los casos en que un representante que tiene poderes sometidos a determinadas condiciones, reservas o limitaciones para manifestar el consentimiento de su Estado en obligarse por determinado tratado, se excede en sus atribuciones por no observar las restricciones que se le han impuesto⁸.

c) El error como vicio del consentimiento en obligarse por un tratado podrá ser alegado si se refiere a un hecho o a una situación cuya existencia ha dado por supuesta un Estado en el momento de la celebración del tratado, constituyendo una base esencial de su consentimiento (art. 48.1), pero esta regla “no se aplicará si el Estado de que se trate contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error” (art. 48.2).

Casi todos los casos en que se ha invocado el error de hecho tienen relación con errores geográficos o cartográficos (De la Guardia, 1997).

Un error que concierna solamente a la redacción del texto de un tratado no acarrea la nulidad del tratado; en tal caso, es aplicable el artículo 79 de la Convención (art. 48.3).

d) El dolo es otra causa de nulidad. “Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador, podrá alegar el dolo como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado” (art. 49).

La expresión “conducta fraudulenta” comprende “toda declaración falsa, toda presentación inexacta de los hechos y otros procedimientos engañosos por los cuales se induzca a un Estado a manifestar en un tratado un consentimiento que, de no ser así, no habría manifestado”⁹.

⁸CDI, Informe sobre la labor realizada en su 18° período de sesiones, 1966, p. 79.

⁹CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 1966, p. 268.

e) Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido producto de la corrupción de su representante, por acción directa o indirecta de otro Estado negociador, el Estado afectado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento (art. 50).

“La corrupción debe asimilarse al dolo más que a la coacción sobre un representante”, ha remarcado la CDI, haciendo notar además que un pequeño favor o cortesía con motivo de la celebración de un tratado no constituye corrupción.

El Estado facultado para alegar el dolo o la corrupción podrá hacerlo con respecto a la totalidad del tratado o, en el caso previsto en el artículo 44.3, “en lo que respecta a determinadas cláusulas únicamente” (art. 44.4).

f) “La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico” (art. 51). El supuesto considerado en esta norma comprende “todas las formas de intimidación de que sea objeto un representante personalmente y no como órgano del Estado”, explica la CDI.

g) “Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas” (art. 52).

Al examinar esta causa de nulidad se impone recordar la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado (art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas). Hay que tener en cuenta, además, que tal prohibición es una norma de *ius cogens*.

En razón de la irretroactividad de la Convención (art. 4), aquella disposición no se aplica a tratados como el Tratado de Paz de 1904 por el cual Bolivia cedió su litoral a Chile, que pagó en compensación cierta suma de dinero y asumió el compromiso de construir el ferrocarril que conectara Arica con La Paz, reconociendo también el derecho de tránsito comercial por su territorio y sus puertos, así como el derecho de instalar agencias aduaneras en algunos puertos. La posición tradicional boliviana ha sido afirmar que el tratado era nulo porque se firmó cuando el territorio en cuestión estaba todavía bajo ocupación chilena. Corresponde aclarar, por otro lado, que el artículo 52 no se aplica a los tratados de paz.

Cabe preguntarse si el término “fuerza” incluye la presión económica y política. La cuestión se discutió en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados debido a que un grupo de países pretendía esa ampliación del significado

del término. Finalmente, se aprobó la Declaración sobre la prohibición de la coacción militar, política o económica en la celebración de tratados, que forma parte del Acta Final de la Conferencia, condenándose el recurso a la amenaza o al uso de la presión, en todas sus formas, ya sea militar, política o económica, con el fin de coaccionar a otro Estado para que realice un acto relativo a la celebración de un tratado en violación de los principios de la igualdad soberana y de la libertad del consentimiento.

h) “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general” (art. 53). Habiéndose examinado en el capítulo 1 el concepto de *ius cogens*, remitimos a lo dicho allí. *i)* En los casos previstos en los artículos 51, 52 y 53 la nulidad abarca la totalidad del tratado, pues no se admite la división de sus disposiciones a los fines de la alegación de la nulidad (art. 44.5).

En los artículos 46 a 50 se habla de “podrá alegar”, en referencia a las causas de nulidad que contemplan, y en los artículos 51 a 53 el lenguaje cambia a “carecerá de todo efecto jurídico” o “es nulo”. A partir de ello, la doctrina distingue entre causas de nulidad relativa (o anulabilidad) y causas de nulidad absoluta, siendo las primeras subsanables si, una vez que ha tomado conocimiento de su existencia, el Estado afectado convalida el tratado al actuar del modo explicitado en el artículo 45 de la Convención (De la Guardia, 1997).

j) El procedimiento a seguir con respecto a la nulidad de un tratado está regulado en los artículos 65 a 68. La parte que alegue un vicio de su consentimiento o una causa para impugnar la validez de un tratado debe notificar por escrito a las demás partes su pretensión. Si ninguna parte formula objeciones en el plazo previsto, el Estado interesado podrá declarar la nulidad del tratado mediante un instrumento que será comunicado a las demás partes.

Si hay objeciones, surgirá una controversia que debe solucionarse por los medios de arreglo pacífico indicados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, sin perjuicio de las normas en vigor entre las partes respecto de la solución de controversias.

3.14. Consecuencias de la nulidad

Con arreglo al artículo 69.1, “las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica”. Si no obstante se han ejecutado actos sobre la base del tratado, todo Estado parte puede exigir de cualquier otro Estado parte que, en la medida de

lo posible, establezca en sus relaciones mutuas la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado esos actos (art. 69.2.a), porque el efecto invalidante se produce ab initio, pero los actos ejecutados de buena fe con anterioridad a la alegación de nulidad no resultarán ilícitos por el solo hecho de la nulidad del tratado (art. 69.2.b).

En los casos de dolo, corrupción, coacción sobre el representante de un Estado o sobre el Estado mismo, la parte a la que sean imputables la conducta fraudulenta, el acto de corrupción o la coacción no puede pretender el restablecimiento de la situación anterior al tratado (art. 69.3). Si el tratado es multilateral, las normas precedentes son aplicables a las relaciones entre el Estado cuyo consentimiento está viciado y las demás partes en el tratado (art. 69.4).

Cuando un tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes tienen la obligación de eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto ejecutado sobre la base de una disposición del tratado que esté en oposición con la norma de *ius cogens*, junto con la obligación de ajustar sus relaciones mutuas a esa norma.

3.15. Terminación de los tratados

A diferencia de la nulidad, que supone la existencia de un vicio del consentimiento o la vulneración de una norma imperativa de Derecho Internacional general, la terminación de un tratado es el resultado de lo previsto en él o del consentimiento de las partes, aunque también existen otras causas de terminación. Cualquiera sea el caso, la terminación de un tratado solo puede resultar de la aplicación de las disposiciones del propio tratado o de la Convención de Viena (art. 42.2).

La terminación de un tratado no menoscabará el deber de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que un Estado esté sometido por imperio del Derecho Internacional, más allá de ese tratado (art. 43). En otras palabras, sigue obligado por otros tratados que enuncien la misma obligación o por las normas consuetudinarias sobre la materia de que se trate.

Una causa de terminación podrá alegarse con respecto a la totalidad del tratado, salvo en los casos previstos en el artículo 44.3. Por otro lado, un Estado perderá el derecho a alegar una causa para dar por terminado un tratado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 60 y 62 si, después de haber tomado conocimiento de los hechos, ha convenido expresamente en que el tratado permanece en vigor o se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la continuación en vigor (art. 45).

a) Un tratado puede terminar según lo dispuesto en el propio tratado (art. 54.a), o

“en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes” (art. 54.b), y si existen además terceros Estados jurídicamente alcanzados por el tratado, son aplicables las reglas del artículo 37 de la Convención (De la Guardia, 1997, p. 298).

Hay tratados que tienen una duración determinada y otros cuya duración es indefinida. También hay tratados que prevén un período de vigencia, o más de un período, con la posibilidad de su tácita reconducción¹⁰. Y si el tratado nada dice al respecto, se presume que su duración es indefinida.

b) Un tratado multilateral no terminará por el mero hecho de que el número de partes llegue a ser inferior al necesario para su entrada en vigor, dice el artículo 55 de la Convención, dejando a salvo la posibilidad de que el tratado disponga otra cosa.

c) Según el artículo 59.1, se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran con posterioridad un tratado sobre la misma materia y se desprende del tratado posterior, o consta de otro modo, que la intención de las partes ha sido que la materia se rija por ese tratado (art. 59.1.a), o las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del anterior que no es posible la aplicación simultánea de los dos tratados (art. 59.1.b).

d) Si un tratado es bilateral, su violación grave por una de las partes faculta a la otra parte para alegar la violación a fin de dar por terminado el tratado (art. 60.1). A su vez, una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes faculta a las otras partes, siempre que procedan por acuerdo unánime, a dar por terminado el tratado, ya sea en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación, o entre todas las partes (art. 60.2.a). Constituye violación grave un rechazo del tratado no admitido por la Convención (art. 60.3.a), o la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o el fin del tratado (art. 60.3.b).

La violación grave de las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las que prohíben toda forma de represalias con respecto las personas protegidas, no faculta a dar por terminado el tratado (art. 60.5).

e) La imposibilidad de cumplimiento de un tratado es otra causa que puede alegarse para darlo por terminado, “si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado”

¹⁰Como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), según resulta de su artículo 14.

(art. 61.1). La inmersión de una isla, la desecación de un río o la destrucción de un dique o de una instalación hidroeléctrica sin los cuales no puede ejecutarse un tratado son supuestos de imposibilidad subsiguiente de cumplimiento que la CDI menciona.

Ahora bien, no es posible alegar la imposibilidad de cumplimiento “si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado” (art. 61.2).

f) El cambio fundamental en las circunstancias es también una causa para dar por terminado un tratado. De acuerdo con el artículo 62.1, para que sea admisible la alegación de esta causa es necesario que concurren cinco condiciones: 1) el cambio debe ser fundamental; 2) debe haber ocurrido con respecto a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del tratado; 3) ha de tratarse de un cambio no previsto por las partes; 4) la existencia de esas circunstancias debe haber constituido una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; 5) el cambio ha de tener por efecto la modificación radical del “alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado”.

Según el párrafo 2 del artículo 62, un cambio fundamental en las circunstancias no puede alegarse como causa para dar por terminado un tratado en los siguientes casos: a) si el tratado establece una frontera; b) si tal cambio resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado. Lo primero obedece a la necesidad de resguardar el principio de estabilidad de las fronteras. Lo segundo es una derivación del principio *nemo commodum capere potest ex iniuria propria* (nadie puede obtener un beneficio de su propia injuria).

El cambio fundamental de las circunstancias puede ser alegado con respecto a tratados de duración ilimitada y también puede alegarse en relación con tratados a término.

g) “La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre partes en un tratado no afectará a las relaciones jurídicas establecidas entre ellas por el tratado, salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado” (art. 63). La ruptura puede ser, sin embargo, la razón determinante de la denuncia del tratado. Por lo demás, la ruptura o la ausencia de relaciones diplomáticas o consulares entre dos o más Estados no es impedimento para la celebración de tratados entre esos Estados (art. 74).

h) La restante causa de terminación prevista en la Convención es la aparición de una nueva norma imperativa de Derecho Internacional general. A esta causa, *ius cogens superveniens*, hace referencia el artículo 64, puntualizando que en caso de surgir una nueva norma de esa naturaleza todo tratado que esté en oposición con ella “se convertirá en nulo y terminará”.

i) El impacto de los conflictos armados sobre los tratados no es objeto de regulación en la Convención, más allá de la regla aislada del artículo 73, según la cual las disposiciones de la Convención no prejuzgarán ninguna cuestión que con relación a un tratado pueda surgir de la existencia de hostilidades entre Estados.

El asunto ha sido examinado en el seno de la CDI. En su período de sesiones de 2011, la Comisión aprobó un proyecto de artículos luego sometido a la Asamblea General. El proyecto, referido tanto a los conflictos armados internacionales como a los conflictos armados internos, consagra el principio general de la continuidad de los tratados, aunque con algunas excepciones. Un anexo al proyecto incluye una lista indicativa de tratados que, en razón de su materia, continúan aplicándose durante un conflicto armado. Los tratados de derechos humanos y los relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados sobresalen en esa lista.

j) Una causa de terminación de los tratados verificable en la práctica internacional pero que ha quedado al margen de la Convención es la desuetudo, entendida como la conducta de las partes de la que cabe inferir su consentimiento implícito en la terminación del tratado (Pastor Ridruejo, 2013, p. 129).

k) Salvo que el tratado disponga o las partes acuerden otra cosa al respecto, las consecuencias de la terminación de un tratado son las señaladas en el artículo 70.1: quedan eximidas las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado y no se produce afectación de ningún derecho ni de ninguna obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

Cuando un tratado se convierta en nulo y termine en virtud del artículo 64 de la Convención, las consecuencias de la terminación son las mismas que acabamos de ver, con una diferencia: los derechos, obligaciones o situaciones jurídicas de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación podrán mantenerse en adelante solo en la medida que ello no esté por sí mismo en oposición con la nueva norma imperativa de Derecho Internacional general (art. 71.2).

l) El procedimiento a seguir para dar por terminado un tratado es el mismo que el previsto con respecto a la nulidad.

3.16. Retiro o denuncia

El retiro de una parte puede tener lugar de conformidad con las disposiciones del tratado (art. 54.a) o de la propia Convención (art. 42.2) y no menoscabará en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación impuesta por el tratado “a la que esté sometido en virtud del Derecho Internacional independientemente de ese tratado” (art. 43). El artículo 44.1 establece que el derecho de una parte a denunciar un tratado o a retirarse de él no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que este disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, y se pierde en los supuestos contemplados en el artículo 45.

Cuando no existen disposiciones con respecto a la denuncia o el retiro, el primer párrafo del artículo 56 estipula, en sus distintos apartados, que el tratado no puede ser objeto de denuncia o de retiro a menos que conste que fue intención de las partes admitir esa posibilidad o “que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado”.

Así planteadas las cosas, es inevitable preguntarse por el significado de los términos “denuncia” y “retiro”. Algunos autores analizan la cuestión observando que la Convención menciona causas de retiro, pero no de denuncia, de lo que podría deducirse que el derecho de retiro es el género y ha de ejercerse invocando un motivo, mientras que la denuncia sería la especie, distinta del retiro por el hecho de no ser motivada, pues se basa en la mera discrecionalidad, con el solo límite de la naturaleza del tratado (Fernández Tomás et al., 2011, p. 230). Sin embargo, en ciertos casos la denuncia puede ser motivada. Por ejemplo, la CONVEMAR dispone que un Estado parte podrá “indicar las razones en que funde la denuncia”, aunque inmediatamente después subraya que “la omisión de esas razones no afectará a la validez de la denuncia” (art. 317.1).

La imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y el cambio fundamental en las circunstancias son causas de retiro enunciadas en la Convención (arts. 61 y 62), y la regla de procedimiento contenida en el artículo 65.1 reafirma la necesidad de motivación del retiro al exigir que la parte que alegue una causa para retirarse de un tratado debe notificar a las demás partes su pretensión, indicando las razones que den fundamento a la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado.

El tratado que puede ser objeto de denuncia o de retiro ha de caracterizarse por el silencio en cuanto a su terminación, porque la Convención condiciona el ejercicio de tal derecho a que el tratado “no contenga disposiciones sobre su terminación” (art. 56.1).

En razón de su naturaleza, los tratados de derechos humanos no deberían denunciarse ¹¹, aunque la denuncia está prevista en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 12.1), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 21), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 31.1), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 78), entre otros.

La Corte IDH sostiene, en su Opinión Consultiva OC-26/20, que “la denuncia de un tratado de derechos humanos, como la Convención Americana, representa una regresión en el nivel de protección interamericana de los derechos humanos y en la procura de la tan mentada universalización del sistema interamericano” (párr. 58).

“Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o retirarse de él conforme al párrafo 1”, concluye el artículo 56.2, disposición que ha de armonizarse con la regla del artículo 65.1 cuando se trata de retiro. Se aplican también los artículos 67 y 68 de la Convención.

Por último, si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, el artículo 70.1 se aplica a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efecto la denuncia o el retiro (art. 70.2). En otras palabras, cesa la obligación de seguir cumpliendo el tratado y no se afecta a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de la denuncia o el retiro.

3.17. Suspensión de la aplicación de los tratados

La suspensión de la aplicación de un tratado es también una posibilidad contemplada en el régimen de Viena. Aparece ya regulada en el artículo 42.2, de cuyos términos se desprende que la suspensión de la aplicación de un tratado podrá tener lugar como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la Convención. Las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional con independencia del tratado suspendido no resultarán afectadas por la suspensión (art. 43) y el derecho a suspender la aplicación de un tratado solo podrá ejercerse con respecto a la totalidad del tratado, a menos que este disponga o las partes convengan otra cosa al respecto (art. 44.1). Además, un Estado no podrá ya alegar una causa para suspender la aplicación de un tratado si ha convenido expresamente que el tratado continúa en aplicación (art. 45.a) o se ha comportado de tal manera que

¹¹Comentario general N° 26 del Comité de Derechos Humanos (1997).

debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la continuación en aplicación del tratado (art. 45.b).

La aplicación de un tratado podrá suspenderse con respecto a todas las partes o a una parte determinada, de conformidad con las disposiciones del tratado o “en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes” (art. 57). A su vez, el artículo 58.1 establece que dos o más partes de un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo para suspender la aplicación de disposiciones del tratado, temporalmente y solo en sus relaciones mutuas, si tal posibilidad está prevista por el tratado o no está prohibida por él. En este último caso, a condición de que no afecte al disfrute de los derechos que las demás partes tengan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones y no sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Si la posibilidad de suspensión está prevista, y salvo que el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo de suspensión y las disposiciones del tratado cuya aplicación se proponen suspender (art. 58.2).

El artículo 311.3 de la CONVEMAR autoriza que dos o más Estados partes celebren acuerdos, aplicables únicamente en sus relaciones mutuas, por los que suspendan disposiciones de dicha Convención -o las modifiquen-, siempre que tales acuerdos no afecten al disfrute de los derechos ni al cumplimiento de las obligaciones que los demás Estados partes tienen en virtud de ese instrumento. Vemos ahí una aplicación de aquellas reglas de la Convención de Viena.

Si todas las partes en un tratado celebran un tratado posterior sobre la misma materia, “se considerará que la aplicación del tratado anterior ha quedado únicamente suspendida si se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que tal ha sido la intención de las partes” (art. 59.2).

Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para suspender su aplicación total o parcialmente alegando la violación, en tanto que una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ellas y el Estado infractor o entre todas las partes. Además, en el mismo supuesto, una parte especialmente perjudicada por la violación podrá alegarla como causa para suspender la aplicación del tratado en forma total o parcial en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación, y cualquier parte, a excepción de dicho Estado, estará facultada para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, “si el tratado es de tal índole que una

violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado”. Tales reglas resultan de los párrafos 1 y 2 del artículo 60.

Luego el mismo artículo aclara qué constituye violación grave de un tratado, como hemos visto más arriba, y que los párrafos precedentes han de entenderse “sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación”, agregando el último párrafo que no podrá suspenderse la aplicación de las diligencias relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, en particular de las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por esos tratados.

Si la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento de un tratado es temporal, “podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado” (art. 61.1), pero no podrá alegarse si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación impuesta por el tratado o de toda otra obligación internacional existente con respecto a cualquier otra parte en el tratado (art. 61.2).

Cuando una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él, podrá también alegarlo como causa para suspender el tratado (art. 62.3). Se hace notorio así que “la suspensión aparece como una alternativa menos drástica a la terminación” (Casanovas y Rodrigo, 2011, p. 109), lo mismo que en el caso de violación grave del tratado por una parte y en el supuesto de estallido de un conflicto armado.

En cuanto al procedimiento a seguir con respecto a la suspensión, son aplicables las reglas relativas también a la nulidad, la terminación o el retiro.

Las consecuencias de la suspensión son las previstas en el artículo 72.1 de la Convención: exime a las partes entre las que rige de la obligación de cumplir el tratado en sus relaciones mutuas mientras dure la suspensión y no afecta de otro modo a las relaciones jurídicas establecidas por el tratado entre las partes. Además, las partes asumen una obligación que deben cumplir durante el período de suspensión: la de abstenerse de todo acto encaminado a obstaculizar que la aplicación del tratado se reanude (art. 72.2). Estas normas tienen carácter supletorio, como se desprende del párrafo 1 del artículo 72.

3.18. La costumbre internacional

a) El artículo 38.1.b del Estatuto de la Corte, al caracterizar la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, hace referencia a los dos elementos de la costumbre: el elemento material, la práctica, y el elemento espiritual (*opinio iuris*), consistente en la convicción de que la práctica es jurídicamente obligatoria.

La costumbre es “la norma resultante de una práctica general, uniforme y duradera llevada a cabo por los sujetos de Derecho Internacional y realizada con la convicción de ser socialmente necesaria hasta el punto de ser jurídicamente obligatoria” (Remiro Brotons et al., 2010, p. 206).

El proyecto de conclusiones de la CDI sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario¹² propone los siguientes criterios: “Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general que es aceptada como derecho (*opinio iuris*)”. Solo los Estados y las organizaciones internacionales participan en el proceso respectivo, pero el comportamiento de otros actores “puede ser pertinente al valorar la práctica”.

La práctica del Estado consiste en su comportamiento en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole y comprende tanto actos materiales como verbales y, en determinadas circunstancias, la inacción. Así, por ejemplo, la práctica seguida por algunos países latinoamericanos, entre otros, al dictar leyes para establecer su soberanía y jurisdicción en materia de exploración y explotación de los recursos vivos existentes en el mar hasta cierta distancia de la costa dio origen a la zona económica exclusiva.

Es posible que en las organizaciones internacionales se generen costumbres internas. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Namibia* (1971), ha subrayado que los debates en el Consejo de Seguridad desde hace muchos años prueban que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente ha sido interpretada siempre y de manera uniforme, a juzgar por las decisiones de la presidencia y la posición de los miembros del Consejo, en particular de los miembros permanentes, en el sentido de que no constituye obstáculo a la adopción

¹²En la resolución 73/203, aprobada el 20 de diciembre de 2018, la Asamblea General tomó nota de las conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, cuyo texto figura en el anexo de esa resolución, y de los comentarios que las acompañan, señalándolos a la atención de los Estados y de todos aquellos que puedan estar llamados a identificar normas de derecho internacional consuetudinario.

de resoluciones¹³.

b) La generalidad de la práctica no significa que todos los Estados contribuyan a la formación de la norma consuetudinaria sino que la práctica sea seguida por un número amplio de Estados y “no haya un grupo significativo que se oponga a ella” (Casanovas y Rodrigo, 2011, p. 58). En definitiva, la práctica ha de ser general, es decir, suficientemente extendida y representativa, además de constante¹⁴.

c) Pueden existir costumbres regionales y costumbres bilaterales¹⁵, siendo unas y otras manifestaciones de la costumbre particular.

“Una norma de derecho internacional consuetudinario particular, ya sea regional, local o de otra índole, es una norma de derecho internacional consuetudinario que solo se aplica entre un número limitado de Estados”, y para determinar la existencia y el contenido de una de esas normas, es necesario cerciorarse de que existe una práctica general entre los Estados interesados que es aceptada por ellos como derecho (*opinio iuris*), señala la conclusión 16 del proyecto de la CDI.

d) ¿Cuánto tiempo requiere la formación de una costumbre? De acuerdo con las conclusiones de la CDI, “no se requiere que la práctica tenga una duración concreta, siempre que sea general”.

e) El elemento espiritual de la costumbre es de toda relevancia, como se ha puesto de relieve en el caso *Plataforma continental del Mar del Norte* (1969) al señalarse que los actos considerados no solamente “deben representar una práctica constante, sino que además deben atestiguar por su naturaleza o la manera cómo se realizan la convicción de que esta práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho”, por lo que “la necesidad de semejante convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la *opinio iuris* sive *necessitatis*”. Los Estados interesados deben tener el sentimiento de que se conforman a lo que equivale a una obligación jurídica¹⁶.

¹³CIJ, *Recueil*, 1971, p. 22.

¹⁴El comentario de la Comisión a la conclusión 8 precisa que, “al evaluar la generalidad, un importante factor que se debe tener en cuenta es el grado de seguimiento de la práctica por parte de los Estados que estén especialmente implicados en la actividad en cuestión o que más probabilidades tienen de verse afectados por la supuesta norma”.

¹⁵En el caso Haya de la Torre, Colombia alegó una costumbre regional americana: el Estado que concede el asilo diplomático es el que califica de manera unilateral y definitiva la naturaleza del delito (CIJ, *Recueil*, 1950). Y en el caso del Derecho de paso entre India y Portugal la Corte dijo: “Es difícil ver por qué el número de Estados entre los que puede constituirse una costumbre local sobre la base de una práctica prolongada deba ser necesariamente superior a dos” (CIJ, *Recueil*, 1960, p. 39).

¹⁶CIJ, *Recueil*, 1969, p. 44.

De acuerdo con el proyecto de conclusiones de la CDI, el requisito “de que la práctica general sea aceptada como derecho (*opinio iuris*) significa que la práctica en cuestión ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o de un derecho” y tal práctica debe distinguirse del simple uso o el simple hábito, pudiendo la prueba de esa aceptación revestir distintas formas; entre ellas las declaraciones públicas en nombre de los Estados, las publicaciones oficiales, los dictámenes jurídicos gubernamentales, la correspondencia diplomática, las decisiones de los tribunales y cortes nacionales, las disposiciones de los tratados y el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental. También la falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo puede servir de prueba de la aceptación como derecho, siempre que los Estados estuvieran en condiciones de reaccionar y que las circunstancias exigiesen una reacción.

En otros tiempos, surgía primero la práctica, pero hoy “cabe que la *opinio iuris* preceda a la práctica, incitándola” (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 211). También en las organizaciones internacionales, en particular las Naciones Unidas, los Estados en desarrollo tienen la oportunidad de conformar “sustancialmente la *opinio iuris* a través de su actuación”, con lo cual se contrarresta “la influencia preponderante de las grandes potencias en la formación de la costumbre” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 74).

f) Desde el caso Lotus (1927), se admite la posibilidad de que exista una costumbre basada en omisiones (costumbre negativa). La controversia surgió a raíz de un abordaje en alta mar entre el Lotus, buque francés, y un buque turco que se hundió como consecuencia del incidente. El Lotus hizo escala en Constantinopla y el oficial responsable fue detenido, procesado y finalmente condenado. Francia consideró que las medidas adoptadas por Turquía eran contrarias al Derecho Internacional y el caso fue sometido a la Corte Permanente de Justicia Internacional. La postura francesa se apoyaba en la existencia de una costumbre negativa, según la cual un Estado no podía ejercer su jurisdicción penal sobre los responsables de un buque que no enarbolase su pabellón por un abordaje en alta mar. El Tribunal consideró que era posible una costumbre negativa si concurría “la conciencia del deber de abstenerse”, pero no convalidó la posición de Francia, porque en el caso concreto estaba ausente ese elemento¹⁷.

¹⁷CPJI, Serie A, n.º 10, p. 28.

3.19. Oponibilidad de la costumbre

En el caso de las *Pesquerías*, la CIJ plasmó la doctrina del “objedor persistente” para rechazar la pretensión del Reino Unido, que alegaba la vigencia de una norma consuetudinaria obligatoria para Noruega. La Corte sostuvo que la norma en cuestión (la regla de las diez millas relativa a las bahías) era inoponible a Noruega porque se había opuesto siempre a su aplicación en la costa noruega¹⁸.

“Cuando un Estado haya objetado a una norma de derecho internacional consuetudinario mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado, siempre que mantenga su objeción”, debiendo ser la objeción expresada claramente, comunicada a los demás Estados y mantenida de manera persistente¹⁹.

Los nuevos Estados, especialmente los de reciente independencia, se encuentran ante normas consuetudinarias formadas con anterioridad al momento de su nacimiento. ¿Son obligatorias para ellos? Obligar al nuevo Estado a aceptar normas que otros Estados elaboraron “lastima en alguna medida el principio de igualdad soberana, pues implica que los intereses de unos son más respetables que los de otros”; además, “no es coherente admitir que un Estado viejo se sustraiga a la aplicación de la norma consuetudinaria establecida con su oposición y sostener su obligatoriedad para los nuevos Estados que, precisamente por serlo, no pudieron participar en su elaboración ni oponerse a la misma”, por lo que “sería prudente entender que serán oponibles a los nuevos Estados aquellas normas consuetudinarias a las que no se han opuesto en un plazo razonable a partir de la fecha en que les fue posible hacerlo, la del acceso a la independencia” (Remiro Brotons et al., 2010, p. 211).

3.20. La relación entre la costumbre y los tratados

Una convención codificadora puede tener un efecto declarativo respecto de la costumbre y en otros casos un efecto cristalizador, y en el supuesto de desarrollo progresivo del Derecho Internacional el efecto del tratado puede ser generador.

En cuanto al efecto cristalizador, en el asunto de la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la Corte ha expresado que los artículos 1 a 3 de la Convención de Ginebra sobre Plataforma Continental (1958) “son los que manifiestamente se han considerado como consagradores o cristalizadores de reglas de derecho internacional

¹⁸CIJ, *Recueil*, 1951, pp. 27-28.

¹⁹CDI, conclusión 15, párrafos 1 y 2.

consuetudinario”²⁰. Queda claro entonces que una convención codificadora puede consolidar una costumbre que hasta ese momento se encontraba en formación, *in status nascendi*.

Un tratado puede ser el punto inicial del proceso de formación de una costumbre. A esto se refiere el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de Derecho Internacional reconocida como tal”.

El proyecto de conclusiones de la CDI indica que una norma enunciada en un tratado puede reflejar una norma de Derecho Internacional consuetudinario si se establece que ha codificado una norma consuetudinaria existente en el momento del tratado, ha llevado a la cristalización una norma consuetudinaria que había comenzado a surgir antes de la celebración del tratado, o ha dado origen a una práctica general aceptada como derecho, generando así una nueva norma de derecho internacional consuetudinario; además, “el hecho de que una norma se enuncie en varios tratados puede indicar, aunque no necesariamente, que la norma convencional refleja una norma de derecho internacional consuetudinario”.

Hay que considerar además una cuestión que la Corte Internacional de Justicia ha abordado en el caso *Nicaragua contra Estados Unidos de América*. Como el Tribunal no podía basarse en la Carta de las Naciones Unidas, porque Estados Unidos en su declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte como obligatoria había excluido a los tratados multilaterales, debió aplicar solamente las normas consuetudinarias relativas a la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza y a la legítima defensa, individual o colectiva. La Corte puso de resalto que “las reglas de derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y una aplicabilidad autónoma respecto a las de derecho internacional convencional aun en el caso de que las dos categorías de derecho tengan un contenido idéntico”²¹. Estados Unidos había sostenido lo contrario en el litigio.

3.21. Los principios generales de Derecho

El artículo 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia refiere a “los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. La frase “reconocidos por las naciones civilizadas”, heredada del Estatuto de la CPJI, es un anacronismo. Se impone entonces una nueva lectura de esos términos, tomando como

²⁰CIJ, *Recueil*, 1969, p. 39.

²¹CIJ, *Recueil*, 1986, p. 96.

referencia el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 21.1.c), para entender, por analogía, que remiten a “los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo”.

Los principios de que se trata son, básicamente, de naturaleza procesal. La carga de la prueba incumbe a quien afirma (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), autoridad de la cosa juzgada (*res iudicata*), nadie puede ser juez en su propia causa (*nemo iudex in sua causa*), entre otros principios. La CIJ no ha aplicado de manera autónoma principios generales de Derecho.

3.22. La jurisprudencia y la doctrina

Las decisiones judiciales que constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas aplicables son las de la propia Corte, pero también las de otros tribunales internacionales, como el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros. Los pronunciamientos de tribunales nacionales y los laudos arbitrales pueden considerarse incluidos también en las decisiones judiciales a que se refiere el artículo 38.1.d) del Estatuto de la Corte (Arredondo, 2012, p. 77).

Ahora bien, las decisiones judiciales solamente obligan a las partes en el litigio en que se han adoptado, como deja en claro el artículo 59 del Estatuto de la CIJ al decir que la decisión de este Tribunal “no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

“Las decisiones de cortes y tribunales internacionales, en particular las de la Corte Internacional de Justicia, relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario constituyen un medio auxiliar de determinación de dichas normas”; además, “podrán tomarse en consideración, cuando proceda, las decisiones de cortes y tribunales nacionales relativas a la existencia y el contenido de normas de derecho internacional consuetudinario como medio auxiliar de determinación de tales normas”²².

El Tribunal de La Haya aplica, por lo general, sus propios precedentes o los de su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Como “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” es mencionado el restante medio auxiliar en aquel artículo del Estatuto de la CIJ. “La doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones puede ser un medio auxiliar para la determinación de normas de derecho

²²CDI, conclusión 13, párrafos 1 y 2.

internacional consuetudinario”, según el proyecto de conclusiones de la CDI relativo a esa identificación.

3.23. La equidad

El párrafo 2 del artículo 38 del Estatuto de la Corte contempla la facultad de decidir un litigio *ex aequo et bono* (“según lo equitativo y bueno”), si las partes convienen que así sea.

En el marco de la equidad *secundum legem*, le está permitido al juez internacional, entre varias interpretaciones o aplicaciones posibles de una regla positiva, escoger aquella que tenga mejor en cuenta la situación individual de las partes en litigio y el conjunto de sus derechos y obligaciones, pero “la equidad así entendida, aunque produzca el efecto de flexibilizar el Derecho rígido, no actúa más que dentro de los límites del Derecho positivo” (Sorensen, 1946, p. 197).

La segunda forma de manifestación de la equidad (*contra legem*) supone la existencia de reglas jurídicas sobre la cuestión controvertida, pero, como su aplicación podría traducirse en un resultado injusto o inequitativo, el juez internacional está autorizado a adoptar una solución distinta a la prevista en esas reglas. Para ello es necesario el consentimiento expreso de las partes en el litigio. Una tercera forma, *praeter legem*, se aplica ante la ausencia de normas, o para completar el Derecho, si las normas existen pero son insuficientes.

El Estatuto del Tribunal de La Haya se refiere solo a la equidad *contra legem*, lo cual no excluye el recurso a las otras formas de manifestación de la equidad. En el caso de la *Controversia fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali* (1986), la sentencia descartó la posibilidad de aplicación *contra legem* por no haberse recibido de las partes la misión de proceder de esa manera. La Sala interviniente dijo que tampoco aplicaría la equidad *praeter legem*, pero advirtió que tomaría “en consideración la equidad tal como se expresa en su aspecto *infra legem*, es decir la forma de equidad que constituye un método de interpretación del derecho y que constituye una de sus cualidades”²³.

Ya en el caso *Plataforma continental del Mar del Norte*, la Corte se había detenido en la consideración de las decisiones “no más allá de las reglas, sino dentro de las reglas”, aplicando la equidad *secundum legem* o *infra legem*²⁴. Y en el caso *Barcelona Traction* recurrió a la equidad *praeter legem* ante la ausencia de un tratado aplicable.

²³CIJ, *Recueil*, 1986, pp. 567-568.

²⁴CIJ, *Recueil*, 1969, p. 48.

Se discutía en el litigio si el Estado de la nacionalidad de los accionistas (Bélgica) podía ejercer la protección diplomática de sus nacionales por las consecuencias que para ellos hubieran derivado de los daños causados por otro Estado (España) a una sociedad, Barcelona Traction, nacional de un tercer Estado (Canadá). La Corte finalmente desestimó la demanda por entender que, en las circunstancias especiales del caso, las consideraciones de equidad no podían conferir legitimación al Gobierno belga.

3.24. Actos unilaterales

a) Los actos unilaterales de los Estados pueden definirse como “una manifestación de voluntad realizada por uno o más Estados con la intención de producir efectos jurídicos, independientemente de la conducta de otro u otros sujetos de Derecho Internacional” (Torres Cazorla, 2010, pp. 77-78).

El acto jurídico unilateral se caracteriza por “la manifestación de voluntad de un solo sujeto de derecho internacional, la independencia frente a otras manifestaciones de voluntad y finalmente los efectos que, en total correspondencia con la voluntad manifestada, no constituyen jamás una carga para terceros” (Suy, 1962, p. 33).

Los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, aprobados por la CDI en 2006, versan sobre los actos unilaterales *stricto sensu*, “es decir, los que adoptan la forma de declaraciones formales formuladas por un Estado con la intención de producir obligaciones en virtud del derecho internacional”. “Unas declaraciones formuladas públicamente por las que se manifieste la voluntad de obligarse podrán surtir el efecto de crear obligaciones jurídicas. Cuando se dan las condiciones para que eso ocurra, el carácter obligatorio de tales declaraciones se funda en la buena fe; en tal caso, los Estados interesados podrán tenerlas en cuenta y basarse en ellas; esos Estados tienen derecho a exigir que se respeten esas obligaciones” (principio rector 1).

Todo Estado tiene capacidad para contraer obligaciones jurídicas mediante declaraciones unilaterales y estos actos han de ser realizados por personas con capacidad para comprometer al Estado. “En virtud de sus funciones, los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores están facultados para formular tales declaraciones. Otras personas que representan al Estado en esferas determinadas podrán ser autorizadas para obligar a éste mediante sus declaraciones en las materias que correspondan a su esfera de competencia” (principio rector 4).

No importa la forma que los actos revistan (actos o declaraciones escritos u orales),

“toda vez que debe entenderse que la forma de expresión no reviste importancia en cuanto a la intención de comprometerse”²⁵.

En los casos de los *Ensayos nucleares* (Australia c. Francia y Nueva Zelanda c. Francia), la Corte Internacional de Justicia sostuvo que “Francia hizo pública su intención de cesar los ensayos nucleares atmosféricos tras la conclusión de las series de ensayos de 1974”²⁶, dejando así expuesto que es necesario dotar al acto unilateral de cierta publicidad, aunque parece excesivo considerar la publicidad como condición sin la cual dicho acto carece de efectos jurídicos. La Corte expresó que Francia había asumido una obligación que producía efectos jurídicos con respecto a toda la comunidad internacional, sin necesidad de ninguna aceptación posterior de otros Estados.

En cuanto al destinatario de un acto unilateral, hay que tener presente que “las declaraciones unilaterales podrán ser dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto, o a uno o varios Estados” (principio rector 6).

A estos rasgos distintivos se suman otros (Torres Cazorla, 2010), entre ellos la intención de obligarse. Al respecto, en los asuntos de los *Ensayos nucleares*, la Corte ha dicho que cuando es intención del Estado autor de la declaración vincularse conforme a sus términos, esta intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico y el Estado interesado está obligado jurídicamente desde entonces a seguir una línea de conducta conforme con su declaración, por lo que el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido por declaración unilateral descansa sobre la buena fe. “Los Estados interesados pueden, pues, tener en cuenta las declaraciones unilaterales y confiar en ellas; están autorizados a exigir que se respete la obligación así creada”²⁷.

Una declaración unilateral entraña obligaciones para el Estado que la ha formulado solo si se enuncia en términos claros y específicos. En caso de duda en cuanto al alcance de las obligaciones resultantes de una declaración de esta índole, tales obligaciones deberán ser interpretadas restrictivamente. Para interpretar su contenido se tendrá en cuenta ante todo el texto de la declaración, así como su contexto y las circunstancias en que se formuló (principio rector 7).

Los actos unilaterales no deben ser contrarios a normas de *ius cogens*. “Es nula toda declaración unilateral que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general” (principio rector 8).

²⁵Doc. A/CN.4/500, p. 17, párr. 64.

²⁶CIJ, *Reports*, 1974, p. 267, párr. 41.

²⁷CIJ, *Recueil*, 1974, pp. 267-268.

De la declaración unilateral no deriva ninguna obligación para los demás Estados, pero el otro Estado o los otros Estados interesados pueden contraer obligaciones en relación con una declaración unilateral en la medida en que hayan aceptado claramente esa obligación; además, una declaración unilateral no puede ser revocada arbitrariamente²⁸.

b) Como actos unilaterales podemos mencionar la promesa, que es el acto por el cual un Estado asume el compromiso de observar un determinado comportamiento de hacer o de no hacer, el reconocimiento, que importa para quien lo realiza la admisión de un hecho, de una situación o de la personalidad del nuevo Estado (en el caso de reconocimiento de Estados), y la renuncia, que implica el abandono de un derecho o de una pretensión. La renuncia de Jordania a Cisjordania, en 1988, suele citarse por la doctrina a título ejemplificativo. Jordania había ocupado ese territorio hasta 1967, cuando se vio obligada a retirarse a causa de la victoria de Israel en la *Guerra de los seis días*.

La protesta, es decir, la objeción formulada a una conducta de otro Estado que se considera contraria al Derecho Internacional por vulnerar derechos del Estado que protesta no implica obligaciones para este último ni es un acto unilateral autónomo, pues aparece como respuesta a una conducta previa.

En este capítulo hemos visto otros actos unilaterales, como la notificación o la denuncia, pero tampoco son actos autónomos, por su vinculación con un tratado. Incluso, en el proceso de formación de la costumbre encontramos una serie de actos unilaterales realizados por los Estados que participan, aunque nuevamente se trata de actos relacionados con otros actos unilaterales y entonces falta el requisito de autonomía que permite hablar de actos unilaterales en sentido propio (Pastor Ridruejo, 2013, p. 140).

3.25. El *estoppel*

El *estoppel* puede definirse como la prohibición que pesa sobre una parte de “contradecir o de contestar en juicio aquello que precedentemente dijo, hizo o permitió creer” (Martin, 1979, p. 259). De esto último se desprende la existencia de una actitud secundaria, de una conducta que un Estado siguió basándose en el comportamiento ajeno (actitud primaria).

El fundamento del *estoppel* no es otro que la buena fe. En este aspecto no se diferencia de los actos unilaterales en sentido propio. Ahora bien, mientras estos hacen

²⁸Principios rectores 9 y 10.

nacer obligaciones y derechos, el *estoppel* se presenta como la pérdida del derecho a comportarse como si los actos propios no obligaran. En otras palabras, la institución que aquí comentamos, emparentada con la figura del *estoppel by representation* del Derecho anglosajón, apunta a que los Estados mantengan coherencia en su conducta.

En el caso del *Templo de Preah Vihear* (1962), entre Tailandia y Camboya, la Corte de La Haya estimó que Tailandia no podía negar su condición de parte en un tratado de 1904, relativo a la frontera común con el Estado demandado, cuando durante mucho tiempo había invocado ese acuerdo. En casos anteriores ya había aplicado la doctrina del *estoppel*, incluso sin llamarla por su nombre, y en el caso de la *Plataforma continental del Mar del Norte* retomó la cuestión. También se ocupó de ella en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (1998), reiterando las condiciones que deben reunirse para invocar la figura: en primer lugar, que el Estado contra el que se invoca el *estoppel* haya tenido un comportamiento o hecho declaraciones que sean el testimonio claro y constante de una posición determinada; en segundo lugar, que el otro Estado demuestre que, confiando en la actitud de aquel, ha modificado su posición en detrimento propio o sufrido algún perjuicio.

En diciembre de 2007, en el caso de la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Colombia*, la Corte, al hacer lugar a las excepciones preliminares planteadas por Colombia, aplicó otra vez la doctrina del *estoppel*, concluyendo que Nicaragua había perdido el derecho de negar validez a un tratado celebrado con Colombia en 1928, que había reconocido como válido durante más de cincuenta años.

3.26. Aquiescencia

Se puede caracterizar la aquiescencia como equivalente a un reconocimiento tácito manifestado por un comportamiento unilateral que la otra parte puede interpretar como consentimiento. Supone inacción o silencio. Pastor Ridruejo (2013) dice que el Estado que calla ante una reclamación o comportamiento de otro Estado normalmente merecedor de protesta consiente la situación y esta le es oponible (p. 148).

La aquiescencia requiere notoriedad de los hechos y una inacción prolongada del Estado particularmente interesado. En el asunto de la Controversia fronteriza entre El Salvador y Honduras se constató que, según el material disponible, fue solo en enero de 1991 cuando el Gobierno de Honduras presentó al Gobierno de El Salvador protestas respecto de Meanguera. Consideró entonces que “la protesta de Honduras se hizo demasiado tarde para afectar a la presunción de aquiescencia de

su parte”, por lo que su conducta “revela cierta forma de consentimiento tácito a la situación”²⁹. En este párrafo del fallo se hace evidente el requisito de la inacción prolongada.

De la sentencia en el caso entre Indonesia y Malasia relativo a la soberanía sobre las islas Pulau Litigan y Pulau Sipadan (2002) surge que la notificación hace más probable que la falta de reacción del Estado notificado se considere aquiescencia (Sabat, 2005).

3.27. Resoluciones de las organizaciones internacionales y otros instrumentos

Los órganos de las organizaciones internacionales están facultados para adoptar resoluciones, cuya denominación varía según los casos y cuyo valor es el que les atribuye el tratado constitutivo de la respectiva organización o el que adquieren como consecuencia de los efectos que producen.

Las resoluciones que aprueba la Asamblea General en el desempeño de sus funciones no son, en general, obligatorias por sí mismas, si bien tienden a influir en el comportamiento de los Estados por medio de las recomendaciones que formulan. Eso sí, hay resoluciones declarativas de normas consuetudinarias, como la resolución 3314 (XXIX), que define la agresión. Y ciertas resoluciones tienen carácter obligatorio, como, por ejemplo, las que dicta la Asamblea General de las Naciones Unidas en los términos del artículo 17.2 de la Carta.

Del proyecto de conclusiones de la CDI ya citado surge que “una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental no puede, de por sí, crear una norma de derecho internacional consuetudinario”, pero “puede constituir un elemento de prueba para establecer la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario o contribuir a su desarrollo”; además, una disposición de una resolución aprobada por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental puede reflejar una norma internacional consuetudinaria si se establece que esa disposición corresponde a una práctica general aceptada como derecho (*opinio iuris*).

En el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*, la Corte consideró que la *opinio iuris* puede ser deducida, entre otras cosas, de la actitud de los Estados con respecto a ciertas resoluciones de la Asamblea General,

²⁹CIJ, *Recueil*, 1992, párr. 367.

particularmente de la resolución 2625 (XXV), que aprueba la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional³⁰.

Existe un número muy importante de instrumentos que no son jurídicamente vinculantes pero tienen valor para orientar la práctica de los Estados, la labor de los órganos creados por los tratados de derechos humanos, las decisiones de los jueces internacionales y hasta la tarea de los jueces nacionales en su carácter de operadores jurídicos internos del Derecho Internacional. Los proyectos de artículos o de directrices de la CDI, las actas finales de las conferencias internacionales, las declaraciones y resoluciones que adoptan dichas conferencias, entre otros instrumentos, también forman parte del *soft law* (Derecho blando).

Regresar al Sumario

³⁰CIJ, *Recueil*, 1986, p. 103.

4. El Derecho Internacional y el Derecho Interno

4.1. Dualismo y monismo

Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno han sido estudiadas desde fines del siglo XIX, con la aparición de la obra *Derecho internacional y derecho interno* (1899), de Heinrich Triepel. El jurista alemán sentó allí las bases del *dualismo*.

Según la teoría dualista, defendida también por Anzilotti (1935) y otros autores, el Derecho Internacional y el Derecho interno son dos órdenes jurídicos independientes que tienen distintas fuentes y regulan distintas relaciones: el primero, relaciones entre Estados; el segundo, relaciones entre particulares, o entre estos y el Estado. En consecuencia, para que las normas internacionales puedan ser aplicadas en el ordenamiento interno es necesario un acto de recepción o incorporación.

En contraposición al enfoque dualista, para el monismo el Derecho es uno solo. Según Kelsen (1926), los dos sistemas jurídicos no difieren en cuanto a los sujetos, porque “todo derecho es, esencialmente, regulación de conducta humana”, y solo podría pensarse que “dos sistemas normativos son diferentes si reposan sobre dos normas fundamentales diferentes”, independientes entre sí “e irreductibles la una a la otra” (pp. 263-274), pero lo cierto es que hay una sola norma fundamental (*grundnorm*), a la cual deben su validez todas las demás. La *grundnorm*, que es una norma hipotética, puede residir en el Derecho nacional o en el Derecho Internacional, dependiendo de las preferencias éticas o políticas personales. Así, una persona cuya orientación política sea el nacionalismo sostendrá la primacía del Derecho nacional sobre el Derecho Internacional y, a la inversa, una persona que simpatice con el internacionalismo y el pacifismo se inclinará por la primacía del Derecho Internacional (Kelsen, 1965, 127-128). En el pensamiento de Kelsen, la norma fundamental reside en el Derecho Internacional, en cuanto orden jurídico universal que delega a los Estados competencia legislativa, por lo que los Derechos internos vienen a ser órdenes jurídicos parciales subordinados a aquel.

La consecuencia más notoria de la teoría monista es que las normas internacionales pueden aplicarse en el ámbito interno sin necesidad de un acto de recepción.

Como dicen Casanovas y Rodrigo (2011), “la *recepción automática o adopción* consiste en la integración de las normas jurídicas internacionales en el Derecho interno en calidad de normas internacionales sin necesidad de ninguna medida legislativa particular”. En cambio, la técnica de la *transformación* consiste en la incorporación de las normas internacionales en el Derecho interno a través “de una norma de idéntico contenido o de una norma que reproduzca, desarrolle y complete la norma internacional” (Casanovas y Rodrigo, 2011, p. 131), con lo cual la norma aplicable pasa a ser la norma interna, que puede resultar una versión mejorada de la norma internacional si no se limita a reproducir su contenido.

Hay que tener en cuenta, además, que las normas autoejecutivas (*self-executing*) pueden aplicarse directamente. Distinto es el caso de las normas cuyo cumplimiento requiere una previa actividad doméstica, aunque no siempre la referencia a la necesidad de una ley o la remisión a “las condiciones que establezca la ley” indican el carácter programático de una norma.

La transformación de normas internacionales en internas, aun cuando no fuere necesaria, tiene un valor añadido, porque evita que los operadores jurídicos muy apegados al orden jurídico doméstico dejen de cumplir una norma que puede ser de importancia decisiva.

Las relaciones entre ambos ordenamientos comprenden también la remisión al Derecho Internacional que hace una norma interna o viceversa. Podemos constatar un reenvío al Derecho Internacional en la ley argentina de reconocimiento y protección al refugiado, cuyo artículo 1 dice: “La protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo y por lo que dispone la presente ley”¹. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos recorre el camino inverso, pues su artículo 46.1.a requiere, para que una petición sea admitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que se hayan interpuesto y agotado los recursos internos.

Aportes que enriquecen a un ordenamiento o al otro representan una nueva manifestación de la existencia autónoma pero no separada del Derecho de Gentes y de los Derechos internos. Al hablar de la costumbre, hemos expuesto cómo puede generarse una norma consuetudinaria a partir de actos legislativos de distintos Estados, y ha quedado dicho también que los principios generales del Derecho

¹Ley 26.165, B.O. del 1 de diciembre de 2006.

proviene del Derecho interno. Y en cuanto a los aportes del Derecho Internacional a los ordenamientos internos, el más significativo es, sin duda, el que viene de la mano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

4.2. El Derecho Internacional en el Derecho argentino

a) El artículo 27 de la Constitución nacional, que obliga al Gobierno federal a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que se ajusten a los principios de Derecho público establecidos en la Constitución, es el primer acercamiento al Derecho de Gentes. Luego el artículo 31 atribuye a la Constitución, las leyes de la Nación dictadas en su consecuencia y los tratados con potencias extranjeras el carácter de ley suprema, consagrando, en principio, una relación de paridad de jerarquía entre tales instrumentos, pero del texto completo de esa norma se desprende su intención de afirmar que la Constitución, las leyes nacionales y los tratados tienen, en conjunto, valor supremo con respecto a las constituciones y leyes provinciales, por lo que las autoridades de las provincias deben conformarse a dicho bloque normativo.

Para nuestro país, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entró en vigor en 1980, y a principios de la década siguiente, en el caso *Ekmekdjian* (1992), la Corte Suprema de Justicia decidió que “ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley” y que la derogación de un tratado por una ley “violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado”. El fallo sostiene también que la Convención de Viena impone al Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del artículo 27 de la Convención.

En 1993, en el caso *Fibracca*, la Corte reiteró esa doctrina, pero aclaró que los órganos del Estado argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales, deben asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria.

b) La reforma constitucional de 1994 modificó disposiciones relativas al Derecho Internacional. El artículo 75, inciso 22, expresa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” y a continuación enumera diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, comenzando por la Declaración Americana y

la Declaración Universal. A estos instrumentos se suman la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño. Todos estos instrumentos, “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en 1997, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en 2003, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en 2014, también han sido dotadas de jerarquía constitucional con “el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”², como requiere aquella norma para que otros tratados de derechos humanos gocen de la jerarquía constitucional.

En el caso *Anaía Monges c. Universidad de Buenos Aires*, la Corte Suprema expresó, al analizar el significado del artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, que “los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir”. Dijo también que “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente” y que las cláusulas constitucionales y las de los tratados “no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”³. En este sentido, vale recordar que el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos subraya que la protección internacional de los derechos humanos es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno.

Por otro lado, podría pensarse que la Constitución se refiere implícitamente, al decir que reconoce jerarquía constitucional a los tratados enumerados “en las condiciones de su vigencia”, a las reservas y declaraciones interpretativas que pudiera el Estado nacional haber formulado. Sin embargo, teniendo en cuenta lo señalado en el caso *Reinoso*, cabe concluir que “la jerarquía de las convenciones terminaría

²Por ley 24.820, B.O. del 29 de mayo de 1997; ley 25.778, B.O. del 3 de septiembre de 2003, y ley 27.044, B.O. del 22 de diciembre de 2014.

³CSJN, sentencia del 26 de diciembre de 1996, párrs. 20 y 21.

siendo *supra* constitucional, por cuanto es en esa calidad que rigen efectivamente en el mentado ámbito internacional, incluso según los tribunales internacionales competentes” (Gialdino, 2013, p. 385).

Por cierto, los tratados internacionales pueden solo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla, porque no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes⁴. Esta es, sin duda, la solución correcta, por aplicación del principio *pro persona*.

c) Encontramos en el inciso 23 del artículo 75 una referencia a los tratados vigentes sobre derechos humanos, en el marco de la atribución del Congreso de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esos tratados y por la Constitución, en particular respecto de los niños, las mujeres y otros grupos vulnerables. Esta atribución del Poder Legislativo se relaciona, por ejemplo, con el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), como la obligación de los Estados partes de consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados su realización práctica (art. 2.a).

d) El inciso 24 del artículo 75 se enfoca en los tratados de integración, consagrando un régimen de aprobación para los tratados con Estados de Latinoamérica y un régimen distinto para los tratados con otros Estados. En el primer caso, se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el segundo, hay un paso previo a la aprobación: la declaración de la conveniencia de la aprobación del tratado, “con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara”. Cumplido este requisito, el tratado “sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”.

Los términos “aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad” hacen referencia a las organizaciones de integración inmersas en procesos que deberían avanzar gradualmente hacia la existencia de órganos supraestatales. También se deja constancia de la intención de fortalecer por medio de los tratados de integración la democracia y los derechos humanos.

⁴CSJN, caso *Gottschau*, fallos 329: 2986, año 2006.

Los instrumentos del Derecho de la Integración tienen jerarquía superior a las leyes, tanto los tratados constitutivos de las organizaciones de integración (Derecho originario) como “las normas dictadas en su consecuencia” (Derecho derivado o secundario), según se desprende de los incisos 22 y 24 del artículo 75. Y la denuncia de los tratados de integración exige “la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

4.3. Otras disposiciones de la Constitución relacionadas con el Derecho Internacional

En el artículo 116 hay una nueva mención de los tratados, a propósito de la jurisdicción de la Corte Suprema para conocer y decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por los tratados con las naciones extranjeras, así como las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, además de las que se susciten entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero. La Corte ejercerá su jurisdicción por apelación, pero en todos los asuntos que conciernan a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los casos en que una provincia fuese parte, la ejercerá de manera originaria y exclusiva, según el artículo 117.

El artículo 118 de la Constitución nacional dispone, en la parte pertinente, que cuando un delito “se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

La competencia por los delitos contemplados en el Estatuto de Roma y en la ley de implementación de dicho Estatuto corresponde a los Tribunales Federales con competencia en lo penal⁵. Sin perjuicio de ello, para los crímenes internacionales que no son de la competencia de la Corte Penal Internacional, como los cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de Roma, no se ha dictado aún la ley especial que requiere el artículo 118, pero la competencia recae también en los tribunales federales. En el caso Priebke (1995), la Corte Suprema, que intervino como consecuencia del recurso ordinario de apelación interpuesto contra la Cámara Federal de Apelaciones que denegó la solicitud de extradición formulada por Italia, dijo que “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional” y que “en tales condiciones, no hay prescripción

⁵Artículo 5 de la Ley 26.200, sancionada en diciembre de 2006. B.O. del 9 de enero de 2007.

de los delitos de esa laya”, por lo que corresponde hacer lugar a la extradición⁶.

El artículo 124 ha significado la federalización de las relaciones internacionales al permitir a las provincias la celebración de convenios internacionales.

La disposición transitoria primera de la Constitución, luego de ratificar la soberanía de la Nación sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, señala que la recuperación de estos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, “respetando el modo de vida de sus habitantes y conforme a los principios de derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”. Es la primera vez que la Constitución llama al Derecho Internacional por su nombre más usual, y lo hace para afirmar el apego a los principios de la Carta de las Naciones Unidas en el marco de la controversia más importante de la historia del país. La disposición transmite un mensaje, dirigido al pueblo argentino y al mundo, que habla de la vocación pacifista del Estado argentino.

La costumbre internacional integra de manera automática el Derecho argentino y, en consecuencia, es susceptible de aplicación directa. Esta conclusión deriva de lo dispuesto en los artículos 116 y 118 de la Constitución nacional y de la jurisprudencia de la Corte, especialmente en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado, de lo que nos ocuparemos más adelante.

4.4. Inserción de las normas internacionales en el esquema constitucional

A modo de reseña, diremos que en el sistema constitucional argentino los tratados se insertan en el siguiente esquema: 1) tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; 2) tratados de derechos humanos sin tal jerarquía, pero que pueden adquirirla, categoría en la que se encuentra cualquier tratado sobre la materia al que no se haya asignado hasta ahora rango constitucional; 3) tratados de integración con Estados de Latinoamérica; 4) tratados de integración con otros Estados; 5) tratados sobre las demás materias.

Los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, pero están por debajo de la Constitución, salvo los dotados de su misma jerarquía. Sin embargo, el Estado argentino no puede invocar sus disposiciones constitucionales para justificar el

⁶Italia solicitó la extradición de Erich Priebke para someterlo a proceso por su participación en la matanza de las Fosas Ardeatinas en 1944, en la que fueron ejecutados 335 ciudadanos italianos. La Cámara Federal interviniente revocó el fallo de primera instancia, del Juzgado Federal de Bariloche, que había concedido la extradición.

incumplimiento de un tratado, por aplicación del principio de primacía del Derecho Internacional, como ya hemos visto. Esto no impide que un tratado sea declarado inconstitucional por no ajustarse a los principios de Derecho público que la ley fundamental consagra⁷.

El texto constitucional dice también que las normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración tienen jerarquía superior a las leyes, lo que las equipara a los tratados de los que derivan y a los demás tratados que gozan de rango supralegal.

Y si bien la Constitución solo se refiere a los tratados al señalar su jerarquía en el ordenamiento interno, corresponde equiparar las normas internacionales consuetudinarias a las normas convencionales, porque ambos tipos de normas tienen el mismo valor. En otros términos, el Derecho Internacional consuetudinario tiene también jerarquía supralegal.

La Constitución hace algo más. Dota de rango constitucional a la declaración de derechos más influyente a nivel global y a su equivalente entre los Estados americanos, produciendo así una doble equiparación de estos instrumentos: a los tratados entre los cuales aparecen mencionados y, en simultáneo, al texto constitucional.

A su turno, la disposición transitoria referida a la cuestión Malvinas invoca los principios de Derecho Internacional. Tal mención no solo remite a la Carta de las Naciones Unidas sino también a la resolución 2625 (XXV) y refleja la voluntad del Estado nacional de cumplir y de exigir el cumplimiento de esos principios.

4.5. El Estado de Derecho en los planos nacional e internacional

Mediante resolución 67/1, de 24 de septiembre de 2012, la Asamblea General aprobó la Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional.

Se reconoce en la Declaración que el Estado de Derecho se aplica a todos los Estados por igual, así como a las organizaciones internacionales, “incluidas las Naciones Unidas y sus órganos principales, y que el respeto y la promoción del Estado de derecho y la justicia deben guiar todas sus actividades y conferir previsibilidad y legitimidad a sus acciones”. También se reconoce que “todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar

⁷En tal supuesto, si el tratado ya hubiera entrado en vigor respecto de la República Argentina, habrá que proceder a su denuncia.

leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación”.

En otros párrafos aparece la convicción “de que la independencia del sistema judicial, junto con su imparcialidad e integridad, es un requisito previo esencial para apoyar el Estado de derecho y lograr que la justicia se administre sin discriminación”, así como la convicción del impacto negativo de la corrupción, que obstaculiza el crecimiento económico y el desarrollo, socava la confianza pública, la legitimidad y la transparencia y entorpece el dictado de leyes imparciales y eficaces, destacándose la importancia del Estado de derecho como elemento esencial para hacer frente a la corrupción y prevenirla. Se reconoce “la función esencial que cumplen los parlamentos a nivel nacional” y se pone de relieve que “la buena gobernanza a nivel internacional es fundamental para fortalecer el Estado de derecho”. En este sentido, se destaca la importancia de que prosigan los esfuerzos orientados a revitalizar la Asamblea General, reformar el Consejo de Seguridad y fortalecer el Consejo Económico y Social.

Las Naciones Unidas definen el Estado de Derecho “como un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia”, además de ser compatibles con las normas y principios internacionales de derechos humanos, y exige la adopción de medidas para garantizar los siguientes principios: primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, transparencia procesal y legal⁸.

En el plano nacional el Estado de Derecho “es el eje del contrato social entre el Estado y las personas sometidas a su jurisdicción”, agrega el mismo informe, señalando que su fortalecimiento “fomenta un entorno que facilita el desarrollo humano sostenible y la protección y el empoderamiento de las mujeres, los niños y los grupos vulnerables, como los desplazados internos, los apátridas, los refugiados y los migrantes”. Afirmar también la importancia de fortalecer el vínculo entre el Estado de Derecho a nivel nacional y el Estado de Derecho a nivel internacional.

Regresar al Sumario

⁸Informe del Secretario General “En aras de la justicia: un programa de acción para reforzar el Estado de derecho en los planos nacional e internacional” (2012). A/66/749.

5. La subjetividad internacional

5.1. Concepto de sujeto

Hay actores internacionales de distinta naturaleza y dotados de diversos grados de poder e influencia, pero no todos estos actores son, a la vez, sujetos de Derecho Internacional. A comienzos del siglo XX se pensaba solo en los Estados como sujetos, a punto tal que en 1909 Dionisio Anzilotti decía que la existencia de sujetos distintos del Estado era inconcebible. Esta concepción se percibe incluso en la labor de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que en 1927 seguía refiriéndose al Derecho Internacional como el ordenamiento que rige las relaciones interestatales, pasando por alto la existencia de la Sociedad de Naciones.

Se define a los sujetos de Derecho Internacional como aquellas entidades que son destinatarias de las normas jurídicas internacionales, participan en su elaboración y tienen legitimación para reclamar por su incumplimiento o incurrir en responsabilidad internacional cuando las infringen (Carrillo Salcedo, 1991, p. 25).

Entre estos elementos, destaca la legitimación activa para reclamar por el incumplimiento de las normas como el más relevante, porque la subjetividad internacional es “una categoría técnico-jurídica de marcado perfil procesal” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 282).

Hay que tener en cuenta, además, que “los sujetos de derecho, en cualquier sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o la extensión de sus derechos”, como ha dicho la Corte Internacional de Justicia¹.

5.2. El Estado

El sujeto primario u originario del Derecho Internacional es el Estado. Los demás sujetos deben su creación a los Estados o su subjetividad deriva de la voluntad estatal, expresada en instrumentos internacionales que les reconocen derechos y cierta capacidad de obrar.

¹CIJ, opinión consultiva sobre *Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, *Recueil*, 1949, p. 178

El Estado es también el único sujeto con capacidad plena, a diferencia de los sujetos derivados, cuya capacidad es limitada. La Corte Internacional de Justicia ha dicho que un “Estado posee, en su totalidad, los derechos y deberes internacionales reconocidos por el Derecho Internacional”².

Existen Estados dependientes, como el Principado de Mónaco, que en algunas materias están subordinados a otros Estados (González Napolitano y Fellay, 2015, p. 27) pero siguen siendo sujetos de Derecho Internacional.

Algunos Estados cuentan con una prerrogativa especial en el ámbito del Consejo de Seguridad, como veremos más adelante, que les permite, entre otras cosas, no cumplir una sentencia de la Corte Internacional de Justicia o medidas provisionales ordenadas por dicho Tribunal sin tener consecuencias por ello, más allá de lo previsto en el artículo 94.2 de la Carta de las Naciones Unidas. De este modo, esos Estados tienen un margen de maniobra adicional para neutralizar o no acatar decisiones contrarias a sus intereses, lo cual resiente la eficacia del Derecho Internacional.

5.3. Las organizaciones internacionales

El 14 de mayo de 1948, el día de la terminación del mandato británico en Palestina, los miembros del Consejo del Pueblo, actuando como Consejo Provisional del Estado, declararon establecido el Estado de Israel. Al día siguiente, tropas de cinco Estados árabes iniciaron hostilidades contra el Estado naciente. Durante una tregua fue asesinado Folke Bernadotte en Jerusalén. Era el mediador que había enviado la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Ante ello, la Asamblea General pidió a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva acerca de si, en el supuesto de que un agente de las Naciones Unidas, en el ejercicio de sus funciones, sufriera un daño que pudiera comprometer la responsabilidad de un Estado, la propia Organización tiene capacidad para reclamar contra el gobierno de ese Estado la reparación de los daños causados, tanto a la entidad como a la víctima o a sus derechohabientes. El Tribunal sostuvo que, para responder a la cuestión planteada, debía determinar, ante todo, si la ONU se halla investida de subjetividad internacional.

La Corte concluyó que la Organización es un sujeto de Derecho Internacional, dotado de la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de valerse de estos derechos por la vía de la reclamación internacional, precisando que ello no significa que su personalidad, y los derechos y deberes que tiene, sean los mismos que los

²*Ibid.*, p. 180.

de un Estado. Para llegar a tal conclusión, consideró que la Organización ha sido creada para cumplir diversas funciones y alcanzar determinados fines, lo que no se explicaría si no se reconociera su personalidad jurídica internacional, así como su capacidad de obrar en el ámbito internacional. Por lo tanto, el Tribunal respondió afirmativamente a lo planteado por la Asamblea General.

En las últimas décadas los Estados han reconocido explícitamente la subjetividad internacional de las organizaciones que constituyen, ya sea en el tratado instituyente o en un instrumento posterior.

La subjetividad internacional de las organizaciones internacionales se manifiesta a través del *ius ad tractatum*, del derecho de legación, especialmente del pasivo (regulado por la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal, entre otras normas) y de la responsabilidad internacional que pueden invocar (por medio de una reclamación) o en la que pueden incurrir en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

5.4. La persona humana

Los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen directamente a los seres humanos los derechos y libertades que enuncian, aunque en ocasiones el lenguaje utilizado parece mediatizar el reconocimiento debido al empleo de fórmulas como “Los Estados Partes reconocen el derecho a tal cosa”³. Cualquiera sea el caso, lo más importante, a los fines de determinar si la persona humana tiene subjetividad internacional, no es que existan normas que reconozcan derechos en su beneficio sino que el individuo pueda presentar una reclamación ante órganos internacionales para hacer valer algún derecho vulnerado, o pueda invocarse contra él responsabilidad internacional en determinados supuestos, como en el caso de los delitos contra el Derecho Internacional.

Pastor Ridruejo (2013) subraya que en el Derecho Internacional contemporáneo, el individuo posee “una subjetividad cierta, aunque limitada, que tiene lugar dentro de marcos convencionales” (p. 187).

“Los individuos tienen, por lo tanto, derechos procedimentales” (Cassese, 1984, p. 120). Básicamente, el derecho a poner en marcha un procedimiento ante un órgano internacional para que este determine si el Estado acusado ha violado disposiciones

³Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Convención sobre los Derechos del Niño.

del tratado de derechos humanos cuya violación se invoca.

El *ius standi* del individuo no tiene el mismo alcance en todos los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. En el sistema del Consejo de Europa, una persona que ha sido víctima de una violación de derechos puede presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) una vez que haya agotado los recursos del ordenamiento jurídico del Estado demandado. En el sistema interamericano, cualquier persona o grupo de personas que alegue violación de la Convención Americana por un Estado parte puede presentar una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo mismo que una entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, pero solo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque el Reglamento de la Corte (art. 25) permite que, una vez admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o representantes tengan cierta actuación autónoma.

5.5. La Santa Sede

Hasta la ocupación de los Estados Pontificios por las tropas de Giuseppe Garibaldi, el Papa desempeñó el doble rol de jefe de Estado de los Estados Pontificios y máxima autoridad de la Iglesia Católica. La ocupación derivó en la anexión de dichos territorios al Reino de Italia. Al extinguirse el Estado que durante once siglos había existido bajo la égida del Papado, las autoridades italianas mantuvieron, a través de la Ley de garantías de 1871, la vigencia del *ius ad tractatum* y del derecho de legación activo y pasivo que tenía la institución papal.

En 1929 se firmaron los Tratados de Letrán: un tratado, un concordato y un acuerdo financiero. Del primero deriva la creación de la Ciudad Vaticana -para emplear la denominación utilizada en el texto-, el segundo regula la situación de la Iglesia Católica en Italia y el restante el otorgamiento a la Santa Sede de una compensación por la pérdida territorial de 1870.

El territorio del Vaticano, en el que se encuentra el palacio del mismo nombre que alberga la Capilla Sixtina, la Basílica de San Pedro, la Plaza de San Pedro, el Palacio del Santo Oficio y varias iglesias, constituye la base física de la Santa Sede, entidad a la que la Asamblea General de las Naciones Unidas le reconoce la calidad de Estado no miembro observador⁴.

⁴Resolución 58/314, del 1 de julio de 2004.

La Santa Sede es parte en diversos tratados, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares y los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, entre otros.

Además, es miembro del Organismo Internacional de Energía Atómica, la Organización para la Prohibición de Armas Químicas y otras organizaciones internacionales. Participa también, en calidad de observador, en la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y otros organismos especializados.

La Santa Sede es sujeto de Derecho Internacional pero carece de casi todos los elementos constitutivos de un Estado (Echaide, 2012, p. 296). Por otro lado, el Estado de la Ciudad del Vaticano “no tiene independencia respecto de la Santa Sede y carece de subjetividad internacional propia; en todo caso, su subjetividad internacional sólo existiría frente a Italia como consecuencia del tratado que lo creó” (Casanovas y Rodrigo, 2013, p. 231).

Teniendo en cuenta la práctica internacional y el texto del Tratado de Letrán, cuyo artículo 22 utiliza la expresión “ambos Estados” en alusión a Italia y a la Santa Sede, puede concluirse que esta última y el Estado de la Ciudad del Vaticano no son dos sujetos de Derecho Internacional sino uno solo, que actúa tanto a título de Santa Sede como de Estado de la Ciudad del Vaticano. Bajo la denominación de Estado de la Ciudad del Vaticano es miembro de la Unión Postal Universal y la Unión Internacional de Telecomunicaciones y celebra acuerdos en materias técnicas y administrativas, por ejemplo.

En ningún caso la Santa Sede y el Vaticano son miembros de la misma organización internacional o partes del mismo tratado, lo cual corrobora que no existe dualidad de sujetos. Se observa también que en los asuntos concernientes a las relaciones entre la Iglesia y el Estado, y en materia de derechos humanos, desarme y asuntos humanitarios, entre otros asuntos vinculados con la misión de la Iglesia, participa la Santa Sede.

5.6. Los pueblos

El Derecho Internacional reconoce derechos a los pueblos, como el derecho de libre determinación, el derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz -que también tiene una dimensión individual, lo mismo que el derecho al desarrollo- y algunos otros derechos, pero “los pueblos no son sujetos del Derecho Internacional porque ni tienen legitimación activa para reclamar ni incurren en responsabilidad internacional” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 282).

Corresponde entonces a los Estados velar por los derechos de los pueblos, como queda claro, por ejemplo, en la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz⁵, pues proclama que “los pueblos de nuestro planeta tienen el sagrado derecho a la paz” agregando que proteger ese derecho y “fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado”. Y si se trata de pueblos que aún no se han constituido en Estados soberanos e independientes, su derecho de libre determinación debe ser promovido por todo Estado, “mediante acción conjunta o individual”, y todo Estado debe prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones respectivas (Declaración de Principios de Derecho Internacional).

Sin embargo, no siempre los Estados actúan en pro de los derechos de los pueblos. En los primeros meses de 2003, millones de personas en el mundo entero se volcaron a las calles para hacer oír su clamor de paz, pero estas multitudinarias manifestaciones públicas no impidieron que Estados Unidos lanzara el 20 de marzo de ese año un ataque armado contra Irak, con el apoyo del Reino Unido, España y otros países. Después se supo que el motivo invocado para justificar el ataque, la posesión de armas de destrucción masiva, no era verdadero.

5.7. Pueblos indígenas

En esta materia, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) se suma a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y al Convenio N° 169 de la OIT.

Según el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas, en virtud del derecho a la libre determinación los pueblos indígenas “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”, y el artículo 4 circunscribe ese derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con los asuntos internos y locales de tales pueblos y al derecho a disponer

⁵Adoptada por la Asamblea General en su resolución 39.11, de 12 de noviembre de 1984.

de medios para financiar sus funciones autónomas. Además, el artículo 46.1 de esa Declaración expresa que nada de lo señalado en ella se interpretará “en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”. Esto último se dice también en la Declaración Americana (art. IV), que enuncia además el derecho a la autonomía o al autogobierno (art. XXI).

Se sostiene que el derecho a la libre determinación consagrado en diversas resoluciones de las Naciones Unidas se configura, en el caso de los pueblos indígenas, bajo la cuarta modalidad de ejercicio prevista, consistente en “la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo” (Torrecuadrada, 2012, p. 309).

El Convenio 169 se aplica a los pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país independiente de que se trate -o en una región geográfica a la que pertenece dicho país- en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su posición jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (art. 1.1.b). La conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio, añade el artículo 1.2.

La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y los Estados respetarán el derecho a la autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena (art. I.2).

Los pueblos indígenas no tienen subjetividad internacional, por la misma razón señalada con respecto a los demás pueblos. Esta carencia no impide que una comunidad indígena, como grupo de personas⁶, presente una petición en el sistema interamericano de derechos humanos.

Finalmente, el Convenio 169 aclara que la utilización del término “pueblos” en su texto no debe interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a los pueblos en el Derecho Internacional (art. 1.3). En otras palabras, los derechos de los pueblos indígenas no son extensivos a otros pueblos. En cambio, los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades

⁶Con arreglo al artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos, según el artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas de 2007.

5.8. Movimientos insurreccionales

El Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra, se refiere a los conflictos armados que se desarrollen en el territorio de un Estado parte “entre sus fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas” y aplicar el Protocolo (art. 1.1).

Ciertos grupos no son considerados rebeldes o insurgentes sino terroristas, y no en todos los casos aparece con claridad la distinción entre unos y otros. Por eso, “de no tomar estas categorías seriamente se corre el riesgo de catalogar a *insurgentes como terroristas* y viceversa” (Echaide, 2012, p. 299).

Para que un movimiento insurreccional se convierta en comunidad beligerante es necesario que concurren ciertos requisitos: 1) que tenga bajo su control una parte importante del territorio de un Estado; 2) que suplante al Estado en las funciones básicas de gobierno en dicho territorio, aunque se trate de un gobierno rudimentario, impidiendo de ese modo que sea el Estado el que ejerza tales funciones; 3) que cuente con tropas regulares, provistas de uniforme, insignias y símbolos propios, que respondan a un mando responsable y estén sometidas a la disciplina militar; 4) que respete las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Reunidos estos requisitos, el Estado territorial puede reconocer la beligerancia, lo mismo que terceros Estados. Surge entonces un sujeto de Derecho Internacional, la comunidad beligerante, cuya subjetividad es de carácter transitorio. Si el movimiento triunfa, se convertirá en el gobierno del Estado o surgirá un nuevo Estado. Mientras tanto, a partir del reconocimiento de beligerancia la responsabilidad internacional por los actos de la comunidad beligerante es atribuible a esta. Además, a la lucha armada entre el grupo y las fuerzas armadas del Estado territorial se aplicarán las normas del Derecho Internacional Humanitario que rigen en los conflictos armados sin carácter internacional.

Para el grupo, el hecho de convertirse en comunidad beligerante implica la posibilidad de ejercer ciertos derechos, como el de celebrar acuerdos de paz con el Estado territorial. El reconocimiento de la beligerancia por parte de terceros Estados

implicará que esos Estados asuman la condición de neutralidad.

5.9. Movimientos de liberación nacional

En una situación similar a la analizada en el punto anterior, en cuanto a la transitoriedad de la subjetividad internacional, se encuentran los movimientos de liberación nacional.

El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a los conflictos armados internacionales, contempla su aplicación a “los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación” (art. 1.4). Y el artículo 96.1 del mismo instrumento establece que la autoridad que represente a uno de esos pueblos en un conflicto armado del tipo mencionado en el párrafo 4 del artículo 1 podrá comprometerse a aplicar los Convenios y el Protocolo en relación con ese conflicto por medio de una declaración unilateral dirigida al depositario.

De estas disposiciones surge el concepto de movimiento de liberación nacional: es la autoridad (o entidad) que representa a un pueblo que lucha contra la dominación colonial, la ocupación extranjera o un régimen racista en el ejercicio de su derecho de libre determinación.

El Frente Popular de Liberación de Saguía el Hamra y Río de Oro es el movimiento que representa al pueblo saharauí. Ya en 1979, a través de la resolución 34/37, la Asamblea General de las Naciones Unidas lo reconoció como el representante de dicho pueblo y recomendó que “participe plenamente en toda búsqueda de una solución política justa, duradera y definitiva de la cuestión del Sáhara Occidental”.

Cuando en 2012 la Asamblea General decidió conceder a Palestina la condición de Estado observador no miembro en las Naciones Unidas lo hizo sin perjuicio de los derechos adquiridos, las prerrogativas y la función de la OLP en las Naciones Unidas “como representante del pueblo palestino”⁷.

5.10. Otros sujetos

a) El Comité Internacional de la Cruz Roja es el principal componente del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, formado

⁷Resolución 67/19, aprobada el 29 de noviembre de 2012, con 138 votos a favor, 41 abstenciones y 9 votos en contra. Estados Unidos, Israel, Canadá, Palau, Micronesia, República Checa, Panamá, Nauru y las islas Marshall votaron en contra.

también por la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Federación Internacional) y las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Sociedades Nacionales). Creado en 1863, es el elemento fundador de todo el Movimiento.

La Sociedad Ginebrina de Utilidad Pública estableció una comisión de cinco miembros para estudiar la manera de poner en práctica las ideas de Henry Dunant, expresadas en su libro “Un Recuerdo de Solferino”. Esta comisión fundó el Comité Internacional de Socorro a los Militares Heridos, que más tarde se transformó en el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Respondiendo a la invitación de los cinco fundadores⁸, dieciséis Estados participaron en la conferencia internacional celebrada en Ginebra, en octubre de 1863, en cuyo marco se fundó la Cruz Roja y fue aprobado su emblema distintivo, una cruz roja sobre fondo blanco (los colores de la bandera nacional suiza invertidos). En 1864 tuvo lugar una nueva conferencia diplomática, convocada por el gobierno suizo a instancias de aquellos entusiastas ciudadanos. Participaron doce Estados y se aprobó el instrumento que dio origen al Derecho Internacional Humanitario, es decir, el Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864.

A partir de este instrumento fundacional, al Comité se le atribuyó un cometido cada vez más amplio en nuevos instrumentos adoptados en las tres primeras décadas del siglo XX. Los Convenios de Ginebra de 1949 no solo confirmaron dicho mandato sino que lo profundizaron, al incluir a la población civil en la protección. También se dio al “Comité de Ginebra” la posibilidad de actuar en los conflictos armados no internacionales.

Todas estas funciones configuran la personalidad jurídica del CICR, el cual, en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, tiene el cometido de prestar asistencia y protección a las víctimas de los conflictos armados y es titular de derechos y obligaciones. El CICR, cuyos miembros son de nacionalidad suiza, es además el guardián y promotor del Derecho Internacional Humanitario y vela también por el respeto de los Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja⁹.

La resolución 45/6, aprobada el 16 de octubre de 1990 por la Asamblea General,

⁸Los ciudadanos suizos Gustave Moynier, Guillaume-Henri Dufour, Louis Appia, Théodore Maunoir y Henry Dunant.

⁹Tales Principios son humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad y universalidad. Fueron proclamados en la XX Conferencia Internacional de la Cruz Roja (1965).

ha invitado al CICR a participar en los períodos de sesiones y en la labor de la Asamblea General en calidad de observador¹⁰.

b) La República Argentina reconoció a la Soberana Orden Militar de Malta, una orden religiosa dependiente de la Santa Sede, como “entidad internacional independiente”, estableciendo relaciones diplomáticas con ella¹¹.

La resolución 48/265 de la Asamblea General, del 24 de agosto de 1994, otorga la condición de observadora a la Soberana Orden Militar de Malta, considerando su dedicación tradicional “a la prestación de asistencia humanitaria y su papel especial en las relaciones humanitarias internacionales”.

5.11. Organizaciones no gubernamentales y empresas transnacionales

El artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas hace referencia al estatuto consultivo del que pueden gozar las organizaciones no gubernamentales que se ocupen de asuntos de la competencia del Consejo Económico y Social (ECOSOC), pero esto no significa que tengan subjetividad internacional.

En las últimas décadas, las ONG vienen realizando una contribución relevante al desarrollo del Derecho Internacional. La Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (Tratado de Ottawa) existe, en buena medida, gracias a la acción emprendida por una colación internacional de ONG, la Campaña Internacional para la prohibición de las minas terrestres (ICBL). Otro tanto puede decirse con respecto al Estatuto de la Corte Penal Internacional, teniendo en cuenta la labor de la Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional, y numerosas organizaciones de la sociedad civil impulsan el proceso de codificación del derecho humano a la paz en las Naciones Unidas, con la esperanza de que su proyecto de Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz (2019) se convierta en texto de referencia a tales efectos (Villán Durán, 2021).

En cuanto a las empresas transnacionales, Casado Raigón (2012) sostiene que tienen una subjetividad internacional muy limitada, derivada de los acuerdos para la promoción y la protección recíproca de inversiones (APPRI), que confieren la posibilidad de hacer valer en el plano internacional los derechos que resultan

¹⁰Por resolución 49/2 de la Asamblea General, del 19 de octubre de 1994, también se ha otorgado la condición de observadora a la Federación Internacional de Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja

¹¹Decreto N° 26.588/48, B.O. del 13 de septiembre de 1948.

de un contrato celebrado con un Estado (p. 144), pero otros autores sostienen lo contrario aunque citan el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (1965), que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y contempla la solución de estas diferencias a través de un procedimiento de arbitraje en el que la decisión de la controversia podrá apoyarse en “aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables” (art. 42.1), para decir que esto pone de manifiesto una extensión de esas normas ya que mediante el consentimiento de los Estados interesados pueden pasar a regir “las relaciones entre gobiernos y empresas extranjeras” (Casanovas y Rodrigo, 2013, p. 238).

Por otro lado, hay que tener en cuenta los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos¹², que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, sean transnacionales o de otro tipo, “con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura”, y en ningún caso debe entenderse que establecen nuevas obligaciones de Derecho Internacional ni que restringen o reducen las obligaciones legales que un Estado haya asumido, o a las que esté sujeto de conformidad con las normas internacionales en materia de derechos humanos.

Regresar al Sumario

¹²El Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas adjuntó los Principios Rectores a su informe final al CDH (A/HRC/17/31).

6. El Estado

6.1. Concepto y elementos constitutivos

La Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933) expresa que “el Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población permanente. II. Territorio determinado. III. Gobierno. IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados” (art. 1).

Allí se mencionan los elementos constitutivos del Estado: población, territorio y gobierno. La capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados es una remisión indirecta al concepto de soberanía.

La población es un elemento esencialmente dinámico, tanto por razones biológicas (el ciclo vital de las personas) como a causa del fenómeno migratorio. Para el Derecho de Gentes no es relevante si millones de personas viven en el territorio estatal o apenas son miles sus habitantes. China no es más sujeto de Derecho Internacional que Tuvalu, Mónaco o Kiribati. Tampoco cuenta la densidad de la población ni el índice de desarrollo humano.

Hay Estados con un territorio muy extenso pero con una población mucho menor que la de otros Estados cuyo territorio es más pequeño. Canadá y Argentina son países que están en esa situación. Tampoco existe relación directa entre el volumen de la población y el nivel de desarrollo.

La población se compone de los nacionales del Estado y de las personas extranjeras residentes, y hay Estados multiétnicos y Estados con fuerte presencia de pueblos indígenas.

Las minorías merecen especial protección. La Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992) es un instrumento que ha venido a reforzar la previsión del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como señala Kaufman (2013), “todo Estado-nación tiene un gobierno que es responsable de asegurar el bienestar colectivo y la seguridad del Estado y de la

población dentro de él” (p. 116).

6.2. La soberanía

La soberanía de los Estados encuentra “limitaciones resultantes de la coexistencia entre ellos y de la soberanía concurrente de otros Estados en un mundo cada vez más pequeño e interdependiente” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 284).

Como concepto de nuestra disciplina, tiene tres aspectos: externo, interno y territorial. El externo, conocido también como independencia, implica el derecho del Estado a determinar libremente sus relaciones con otros Estados, o con otros sujetos, “sin restricción o control por parte de otro Estado” (Sorensen, 1992, p. 264).

En su vertiente interna, la soberanía se traduce en el derecho del Estado de crear sus propias instituciones y adoptar las medidas necesarias para que funcionen, administrar los servicios públicos, legislar y organizar la administración de justicia, etc.

El aspecto territorial de la soberanía se hace visible en la autoridad exclusiva que el Estado ejerce sobre las personas y las cosas que se encuentran en su territorio.

6.3. Igualdad soberana

“La Organización estará basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”, proclama el párrafo 1 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas. En cuanto al significado de este principio, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional dice que todos los Estados “tienen iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole”. La Declaración extiende así la aplicación del principio a los Estados que no son miembros de la Organización.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos enuncia la igualdad soberana diciendo que “los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes” y que “los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de derecho internacional” (art. 10).

La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional explicita el contenido específico del principio de igualdad soberana: a) los Estados son jurídicamente iguales;

b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía; c) cada Estado debe respetar la personalidad de los demás Estados; d) la integridad territorial y la independencia política de cada Estado son inviolables; e) cada Estado tiene el derecho de elegir libremente tanto su sistema político como su sistema económico; f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales, así como el deber de vivir en paz con los demás Estados.

La igualdad soberana no impide que en ciertos casos exista desigualdad jurídica en respuesta a la necesidad de atenuar el impacto negativo de desigualdades de hecho. En el Derecho del Mar, por caso, los Estados sin litoral tienen prioridad en el acceso a determinados recursos. Esta idea se puede expresar también diciendo que la igualdad soberana no se constituye como un derecho de los Estados sino como un principio general que tiene excepciones consentidas o toleradas por los Estados, que en algunos casos resultan de la búsqueda de igualdad soberana y en otros reflejan la desigualdad material (Espósito, 2012, p. 447).

6.4. No intervención

a) La intervención “es el hecho de un Estado que implica un acto de injerencia en los asuntos interiores o exteriores de otro Estado para exigir la ejecución o la inejecución de una acción o una prestación determinada”, y “el Estado interviniente actúa por vía de autoridad y busca imponer su voluntad ejerciendo una presión de naturaleza variable (política, económica, psicológica, militar, etc.) para hacer prevalecer sus puntos de vista” (Rousseau, 1980, p. 37).

El 21 de diciembre de 1965, la Asamblea General adoptó la Declaración sobre la Inadmisibilidad de la Intervención en los Asuntos Internos de los Estados¹, según la cual “ningún Estado tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro”. Por lo tanto, no solo la intervención armada sino también cualquier otra forma de injerencia o amenaza “están condenadas”.

De acuerdo con la Declaración, ningún Estado puede valerse “de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a cualquier otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos u obtener de él ventajas de cualquier orden”. Todos los Estados deben también “abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado, y de intervenir en una guerra civil de otro Estado”.

¹Resolución 2131 (XX).

La intervención, en cualquiera de sus formas, además de violar el espíritu y la letra de la Carta de las Naciones Unidas, entraña la creación de condiciones que atentan contra la paz y la seguridad internacionales, subraya la Declaración, y luego aclara que nada de lo dicho en ella debe interpretarse en el sentido de afectar a las disposiciones de la Carta relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en especial las contenidas en los Capítulos VI, VII y VIII. Esto implica, *inter alia*, que cuando el Consejo de Seguridad dispone medidas coercitivas en el marco del Capítulo VII de la Carta no incurre en un acto de intervención.

La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional proclama que ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, de manera directa o indirecta y cualquiera sea el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. También afirma que cualquier forma de intervención constituye una violación del Derecho Internacional y que “el uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención”.

La Carta de la OEA, tras proclamar que “cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica” (art. 17), agrega que “ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro”, aclarando que tal principio “excluye no solamente la fuerza armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de tendencia atentatoria de la personalidad del Estado, de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen” (art. 19). Además, “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” (art. 20).

b) Cuando Gran Bretaña ocupó las Malvinas en 1833, Washington no invocó la doctrina Monroe². Tampoco lo hizo cuando los británicos ocuparon Belice en 1835 y Francia inició en 1838 el bloqueo del Río de la Plata, al que se unió Gran Bretaña tres años después. Sí reaccionó cuando el intervencionismo europeo afectó de manera más directa sus intereses: no reconoció el gobierno de Maximiliano, implantado en México en 1864 con el apoyo de Francia, que ya ocupaba parte del territorio mexicano, y presionó a los franceses para que retiraran sus tropas.

No solo los países europeos intervenían en América. La expansión territorial de Estados Unidos a expensas de México, así como la enmienda Platt y la cesión en arrendamiento a perpetuidad de Guantánamo, que relativizaron la independencia

²Véase tal doctrina en el Capítulo 1.

de Cuba, dejaron en evidencia la política de Washington. Estados Unidos alentó también la separación de Panamá para alcanzar el objetivo de una comunicación transoceánica a la medida de sus intereses. Panamá se separó de Colombia en 1903 y al año siguiente, una vez resuelto el conflicto originado por la intervención armada de Alemania, Gran Bretaña e Italia en Venezuela, el presidente Theodore Roosevelt, en su mensaje anual al Congreso, sostuvo que la doctrina Monroe podía obligar a los Estados Unidos, aun en contra de su voluntad, a intervenir en los países vecinos, en los casos flagrantes de inconducta lesiva o de impotencia de algún gobierno, para ejercer funciones de policía internacional en prevención de intervenciones de potencias extra-continetales. Era la política del *big stick*.

Estos acontecimientos y otros que siguieron explican la enorme preocupación de los Estados latinoamericanos por lograr una consagración expresa del principio de no intervención en un instrumento de alcance regional. El anuncio de la “política del buen vecino” por Franklin D. Roosevelt no era suficiente, porque hacía falta un compromiso que no fuera unilateral. La Convención de Montevideo de 1933 (art. 8), el Protocolo Adicional de Buenos Aires (1936) y la Declaración de Lima (1938) fueron pasos muy importantes para avanzar en ese sentido.

El intervencionismo no cesó, y en el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1986) la Corte Internacional de Justicia se ocupó de la cuestión, decidiendo que Estados Unidos, al entrenar, armar, equipar, financiar y aprovisionar a los *contras*, y al estimular, apoyar y asistir de todas otras maneras las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella, ha violado la obligación que le impone el Derecho Internacional consuetudinario de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Decidió también que al colocar minas en las aguas interiores y territoriales de Nicaragua en el curso de los primeros meses de 1984, los Estados Unidos habían violado “las obligaciones que impone el derecho internacional consuetudinario de no recurrir a la fuerza contra otro Estado, no intervenir en sus asuntos, no atentar contra su soberanía y no interrumpir el comercio marítimo pacífico”³.

c) Se han invocado diversas razones para justificar la intervención, como la solicitud de un gobierno, una cláusula de un tratado, un interés legítimo del Estado interviniente, la protección de nacionales y de sus bienes o el interés de los tenedores de títulos de la deuda pública -pretexto usado para intervenir en Venezuela en 1902-, o el interés de la comunidad internacional, en el caso de la llamada “intervención humanitaria”, basada en la necesidad de detener graves violaciones de derechos

³CIJ, *Recueil*, 1986, pp. 146-147.

humanos en un Estado, más allá de la nacionalidad de las víctimas.

En la práctica, las intervenciones por razones de humanidad se han llevado a cabo cuando han concurrido intereses de otro tipo, mucho más decisivos en la acción de los Estados. De allí que, como sostiene Pastor Ridruejo (2013), “muchos Estados temen con razón que una intervención pretendidamente encaminada al respeto de los derechos humanos más elementales, decidida unilateralmente por un Estado o por un grupo de países”, pueda dar lugar a “ese estigma tan usual en las relaciones internacionales como es la doble moral o el doble estándar; es decir, a intervenciones en unos casos y pasividad en otros, según convenga a los intereses de los grandes” (p. 290).

6.5. Estados miembros de Estados federales

Existen Estados de estructura compleja, como los Estados federales y los autonómicos. En el Derecho Internacional se hace referencia al tipo de organización estatal cuando se habla de responsabilidad internacional del Estado, inmunidad del Estado y obligaciones impuestas por los tratados de derechos humanos.

Como dicen Casanovas y Rodrigo (2013), el Estado federal “es una unión de Estados basada en una Constitución que distribuye el poder entre los Estados miembros y los órganos del conjunto de la federación” (p. 150). Los Estados locales que la componen reciben diferentes denominaciones: provincias, departamentos, Estados federados, etc.

Según la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, “el Estado federal constituye una sola persona ante el Derecho Internacional” (art. 2). Sin perjuicio de ello, en su seno existirá una pluralidad de actores internacionales en la medida que se reconozca a los entes territoriales cierta capacidad de actuar en el plano internacional, como ocurre en el caso de Argentina.

6.6. Nacimiento y extinción de Estados

La sociedad internacional ha estado históricamente inmersa en un notorio dinamismo, ya que nuevos Estados fueron apareciendo como resultado de determinados procesos y otros desaparecieron. Además, el proceso de descolonización ha traído consigo un incremento notorio del número de miembros estatales de la sociedad internacional.

Varias son las vías de nacimiento y de extinción de Estados. Así, de la unificación de dos o más nace uno nuevo, y de la disolución o el desmembramiento de un Estado

surgen nuevos Estados. Veamos algunos ejemplos.

En 1958, mediante un plebiscito, Egipto y Siria se unieron para formar la República Árabe Unida, pero el 13 de octubre de 1961 Siria reasumió su condición de Estado independiente. En 1964 se formó la República de Tanzania, como resultado de la unión de Tanganika y Zanzíbar.

Checoslovaquia existió desde 1918 hasta fines de 1992. En 1990 cambió su nombre por el de República Checa y Eslovaquia, y a partir del 1 de enero de 1993 existen dos Estados: la República Checa y Eslovaquia. También se extinguió la Unión Soviética (1991), ocupando su lugar en las Naciones Unidas la Federación de Rusia.

El proceso de disolución de Yugoslavia se extendió entre 1991 y 2006. Croacia, Eslovenia, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Serbia y la hoy llamada República de Macedonia del Norte han surgido del desmembramiento del Estado yugoslavo⁴. Y en 2008 tuvo lugar la declaración unilateral de independencia de Kosovo, hasta entonces una provincia serbia. Namibia se independizó en 1990 y Timor-Leste (antes Timor Oriental) se convirtió en Estado independiente en 1999, al votar su pueblo por esa opción en una consulta organizada por las Naciones Unidas.

El nacimiento de uno o más Estados sin que ello implique la extinción de otro Estado ocurre a través de la separación o de la secesión de una parte del territorio estatal. La primera se concreta en forma pacífica, la segunda supone el uso de la fuerza. Singapur se separó de Malasia en 1965 y Eritrea de Etiopía en 1993. Sudán del Sur se separó oficialmente de Sudán el 9 de julio de 2011, luego de un referéndum celebrado en enero de ese año. Bangladesh alcanzó la condición de Estado independiente en 1971, desvinculándose de manera violenta de Pakistán, que se había separado de igual manera de la India en 1947.

¿Es posible que un Estado se extinga sin que otro nazca en su lugar? Sí, en el supuesto de la absorción pacífica del Estado que desaparece por un Estado preexistente. La caída del Muro de Berlín (1989) allanó el camino para que en 1990 la República Federal de Alemania absorbiera a la República Democrática Alemana, aunque formalmente el caso se presenta como una unificación resultante de lo acordado por los dos Estados alemanes que surgieron del desmembramiento producido a comienzos de la Guerra Fría (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 75).

⁴En junio de 2018 Grecia y la República de Macedonia acordaron el cambio de nombre de esta última, que pasó a llamarse República de Macedonia del Norte luego de ser aprobado el cambio mediante un referéndum realizado el 30 de septiembre de 2018.

6.7. Reconocimiento de Estados

Según el Instituto de Derecho Internacional, el reconocimiento de Estados es el acto libre por el cual uno o varios Estados constatan la existencia sobre un territorio determinado de una sociedad humana políticamente organizada, independiente de cualquier otro Estado existente, capaz de observar las prescripciones del Derecho Internacional, manifestando su voluntad de considerarla como miembro de la comunidad internacional⁵.

Siguiendo a Pastor Ridruejo (2013), cabe hacer dos aclaraciones: a) si un Estado recobra la calidad de tal que tenía antes, esto es, recupera su independencia, como ha ocurrido con los países bálticos, lo que se reconoce es la recuperación de la independencia; “no hay propiamente reconocimiento de un Estado nuevo”; b) si un Estado es considerado continuador de la personalidad jurídica internacional de otro, como la Federación Rusa con respecto a la Unión Soviética, no cabe su reconocimiento como nuevo Estado, pero sí se puede reconocer su condición de Estado continuador (p. 300).

Por otro lado, las organizaciones internacionales reconocen a los Estados que admiten como miembros. En este caso, el reconocimiento se denomina colectivo y no implica que todos y cada uno de los miembros preexistentes reconozcan al Estado de que se trate.

6.8. Naturaleza y caracteres del reconocimiento

a) El reconocimiento es de naturaleza declarativa, como se desprende del artículo 13 de la Carta de la OEA: la existencia política de un Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados.

b) Con la naturaleza del reconocimiento se vincula la cuestión de si un Estado puede litigar ante los tribunales de un Estado que no lo haya reconocido y si puede alegar, en caso que correspondiere, inmunidad de jurisdicción. La práctica puede variar de un Estado a otro, pero la tendencia general que se observa es considerar que un Estado carece de *ius standi* ante los tribunales de otro Estado, si este no lo ha reconocido. “En este caso particular podría entenderse que el reconocimiento tiene valor constitutivo” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 303).

c) El reconocimiento es un acto libre y discrecional. Por lo tanto, ningún Estado está obligado a reconocer a otro, pero si está dispuesto a hacerlo debe tener en cuenta

⁵IDI, resolución de Bruselas, 23 de abril de 1936. Véase *Résolutions de l' Institut*, 1957, pp. 11 y 13.

que no corresponde el reconocimiento de un Estado que ha surgido en contravención del *ius cogens*.

d) La verificación de los elementos del Estado en la entidad objeto del reconocimiento es también un límite a la discrecionalidad. El 17 de febrero de 2008, las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo (Asamblea de Kosovo) declararon su independencia de Serbia. En ese momento Kosovo estaba bajo la administración temporal de las Naciones Unidas. La Asamblea General preguntó a la Corte Internacional de Justicia si la declaración unilateral de independencia de Kosovo se ajustaba al Derecho Internacional, y la Corte consideró que el Derecho Internacional general no contiene ninguna prohibición de tales declaraciones y, en consecuencia, concluyó que la declaración de independencia en cuestión no violó dicho ordenamiento.

Sin embargo, precisando el alcance de la cuestión planteada, la Corte aclaró que no se le había preguntado sobre las consecuencias jurídicas de esa declaración ni acerca de si Kosovo había alcanzado la condición de Estado. Tampoco “sobre la validez o los efectos jurídicos del reconocimiento de Kosovo por los Estados que lo han reconocido como Estado independiente”⁶.

Ello da pie al siguiente comentario: no basta una declaración de independencia para considerar que existe un Estado independiente. En el caso de Kosovo no surgía de los hechos que las instituciones provisionales de autogobierno pudieran funcionar como un gobierno efectivo y capaz de entrar en relaciones con los demás. Por lo tanto, parecía prudente esperar el curso de los acontecimientos para verificar si Kosovo había alcanzado la condición de Estado⁷. Además, y como cuestión previa, no podía pasarse por alto el hecho de que la declaración de independencia violaba el principio de integridad territorial (Pastor Ridruejo, 2013, p. 302).

e) No cabe reconocer a un Estado ficticio, esto es, un Estado que no tiene todas las competencias propias de un Estado soberano o no ejerce por sí mismo control efectivo sobre el territorio estatal y la población asentada en él, como fue el caso de Manchukuo, establecido en 1932 tras la invasión de Manchuria (China) por Japón y

⁶CIJ, opinión consultiva sobre *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo*, párr. 51.

⁷La resolución 1244 (1999) autorizaba al Secretario General para establecer una presencia internacional civil en Kosovo a fin de proporcionar una administración interina en virtud de la cual el pueblo disfrutara de una autonomía sustancial dentro de la República Federativa de Yugoslavia, debiendo esa presencia internacional organizar y supervisar el desarrollo de las instituciones provisionales de autogobierno democrático y autónomo a la espera de una solución política, incluida la celebración de elecciones.

convertido en protectorado japonés.

También fueron Estados ficticios los *bantustanes* creados por el régimen segregacionista sudafricano para ubicar a la población afrodescendiente.

f) Hay casos en que se ha exigido que un nuevo Estado cumpla determinados requisitos antes del reconocimiento. En la Declaración titulada “Directivas sobre el reconocimiento de los nuevos Estados en Europa Oriental y la Unión Soviética” (1991), los países comunitarios señalaron los requisitos que debían cumplir esos nuevos Estados para obtener el reconocimiento: respeto de la Carta de las Naciones Unidas, del Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación Europea (Acta de Helsinki) y de la Carta de París para la Nueva Europa; protección de los derechos de las minorías; observancia de la regla de inviolabilidad de las fronteras; aceptación de los compromisos sobre desarme y no proliferación nuclear, y el compromiso de resolver por medios pacíficos las cuestiones relativas a la sucesión de Estados y las controversias regionales.

g) Según la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, el reconocimiento es incondicional e irrevocable (art. 6).

6.9. Formas del reconocimiento

El reconocimiento es expreso si consta en un instrumento que emana de un órgano encargado de la acción exterior. Por ejemplo, Argentina ha reconocido a Palestina como Estado en 2010 mediante un decreto del Poder Ejecutivo Nacional⁸.

Entre los actos unilaterales de los Estados figura el reconocimiento, como hemos visto, pero el reconocimiento expreso no siempre es de un Estado a otro. Puede ocurrir que dos o más Estados se reconozcan recíprocamente (reconocimiento mutuo), como ocurrió, por ejemplo, en los acuerdos de Camp David (1978) entre Egipto e Israel. La mayoría de las veces el reconocimiento es individual, pero también puede realizarse de manera conjunta.

El reconocimiento implícito deriva de actos que trasuntan la voluntad de reconocer, como el establecimiento de relaciones diplomáticas o el voto a favor de la admisión del nuevo Estado como miembro de las Naciones Unidas o de otra organización internacional. La celebración de un tratado bilateral no debería generar dudas acerca de su significado como manifestación de un reconocimiento implícito, pero la práctica internacional no autoriza una afirmación tajante al respecto. En cambio, hay otros actos que, sin duda, no implican reconocimiento, como establecer solo relaciones

⁸Decreto 1882/2010, B.O. del 7 de diciembre de 2010.

consulares, mantener relaciones diplomáticas de manera transitoria o participar junto con el nuevo Estado en un tratado multilateral o en una organización internacional.

6.10. Oportunidad del reconocimiento

Los Estados deciden en qué momento practicar el reconocimiento, si es que optan por ello, basándose en razones políticas. Argentina reconoció a Ucrania apenas realizado el referéndum que aprobó su independencia, debido a la existencia de una colectividad ucraniana muy importante en el país. También reconoció rápidamente a Armenia, el 26 de diciembre de 1991, por razones similares.

Estados Unidos reconoció a Kosovo el día después de su declaración de independencia, y con igual premura actuaron algunas potencias europeas, lo cual revela el interés de Occidente por tener de su lado a Kosovo, salido del seno de Serbia, aliado tradicional de Rusia. Tenemos ahí un ejemplo de reconocimiento prematuro, que es el realizado cuando la estatalidad se encuentra *in statu nascendi*.

España, Grecia, Eslovaquia, Rumania y Chipre son los cinco países de la Unión Europea a los que el Parlamento Europeo ha instado en un informe de marzo de 2021 a reconocer a Kosovo, señalando que “la independencia de Kosovo es irreversible y su reconocimiento sería beneficioso para la normalización de las relaciones entre Kosovo y Serbia y mejoraría y consolidaría la estabilidad en la región”.

En agosto de 2008, apenas finalizado el conflicto armado entre Georgia y los separatistas de Osetia del Sur y de Abjasia, Rusia reconoció prematuramente a ambas entidades como Estados y estableció relaciones diplomáticas con ellos, sin que importara la violación del principio de integridad territorial.

6.11. Efectos

El artículo 14 de la Carta de la OEA expresa: “El reconocimiento implica que el Estado que lo otorga acepta la personalidad del nuevo Estado con todos los derechos y deberes que, para uno y otro, determina el derecho internacional”.

El número de reconocimientos es relevante, porque “tiene el valor de prueba para determinar si una entidad política reúne los elementos del Estado o no” y cuando el reconocimiento es generalizado puede constituir una prueba concluyente (Almqvist, 2012, p. 120).

Además, en el marco del proceso de descolonización, el reconocimiento ha jugado el papel clave de apoyar a los movimientos de liberación nacional frente a las potencias

coloniales. La admisión de Guinea-Bissau como miembro de las Naciones Unidas en 1974, cuando Portugal controlaba todavía una parte importante del territorio en cuestión, es un claro ejemplo de ello.

6.12. Reconocimiento de gobiernos

Según se observa en la práctica internacional, cabe considerar los siguientes supuestos: 1) reconocimiento de gobiernos locales, es decir, de gobiernos que no ejercen control sobre todo el territorio de un Estado, sino solo sobre parte de él, situación que se presenta en los casos de insurrección; 2) reconocimiento de gobiernos en el exilio; 3) reconocimiento de gobiernos de facto (Pastor Ridruejo, 2013, p. 305).

a) Reconocimiento de un gobierno local fue el del gobierno de la Alianza del Norte, que controlaba solamente una parte del territorio afgano en 2001, mientras que la mayor parte de ese territorio se hallaba bajo control del gobierno del Emirato Islámico. Esto demuestra cómo el reconocimiento de gobiernos locales obedece a razones políticas, pero desde el punto de vista del Derecho Internacional solo cabe cuando la adquisición del control efectivo sobre un territorio sea de tal magnitud que pueda razonablemente preverse el triunfo del movimiento insurreccional y un control de la totalidad del territorio por los insurrectos, y si el conflicto se prolonga en el tiempo puede hacerse un reconocimiento limitado, como régimen de facto, del gobierno revolucionario (Pastor Ridruejo, 2013, p. 305).

En 2021 han tomado nuevamente el poder los talibanes, tras la decisión de los Estados Unidos de retirar sus tropas del país. Miles de personas fueron evacuadas del territorio en aviones militares estadounidenses hasta fines de agosto de ese año.

b) Los gobiernos en el exilio tienen su sede en un país extranjero y se adjudican el carácter de gobierno legítimo de un Estado que se encuentra bajo el control efectivo de otro gobierno. Su principal objetivo es retornar en algún momento al país de origen para recuperar el poder.

A título ejemplificativo, puede recordarse que Georgia reconoció a los gobiernos en el exilio de Abjasia y Osetia del Sur.

c) Los golpes de Estado instauran en el poder a un gobierno de facto. También se califica como tal al gobierno surgido de una revolución, porque el cambio de gobierno se produce en una forma que vulnera la legalidad constitucional, lo mismo que cuando tiene lugar un golpe de Estado. En Latinoamérica, se han formulado sobre esta cuestión la doctrina Tobar y la doctrina Estrada.

Enunciada en 1907 por el ministro de Relaciones Exteriores ecuatoriano Carlos Tobar, la doctrina que lleva su nombre postula el no reconocimiento de un gobierno surgido de una revolución hasta tanto se demuestre que goza del apoyo del pueblo. La segunda fue enunciada en 1930 por el canciller mejicano Estrada y sostiene que el reconocimiento es una práctica denigrante porque hiere la soberanía de otras naciones al colocarlas en una posición en que sus asuntos internos pueden ser calificados por otros gobiernos, que de hecho asumen una actitud crítica. Por este motivo, Estrada anunció que en lo sucesivo México se limitaría a mantener o retirar a sus agentes diplomáticos, adoptando respecto de los agentes diplomáticos del Estado de que se trate las medidas correspondientes en uno u otro supuesto, sin calificar lo ocurrido. En realidad, lo que se planteaba era la posibilidad de un reconocimiento implícito en lugar de uno expreso.

En la década de 1990 se ha incorporado a la Carta de la OEA una norma fundamental para consolidar la democracia en la región, según la cual un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de los órganos de la Organización, “así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado”.

Tras este encabezado, el artículo 9 de la Carta prevé lo siguiente: la facultad de suspensión solo se ejercerá cuando hayan sido infructuosas las gestiones diplomáticas emprendidas por la OEA en busca de propiciar el restablecimiento de la democracia representativa en el Estado miembro afectado, debiendo ser adoptada la decisión de suspensión en un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el voto afirmativo de los dos tercios de los Estados miembros. La suspensión entrará en vigor inmediatamente después de ser aprobada y, no obstante esa medida, la Organización procurará emprender nuevas gestiones diplomáticas que contribuyan al restablecimiento de la democracia representativa en el Estado afectado, el cual deberá seguir cumpliendo sus obligaciones con la Organización. La Asamblea General podrá levantar la suspensión por decisión adoptada con la aprobación de dos tercios de los Estados miembros.

La Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001, vino a reforzar lo anterior. A su vez, en abril de 2001, en Quebec, en la Tercera Cumbre de las Américas, se adoptó una cláusula democrática estableciendo que cualquier alteración o ruptura del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de ese Estado en las Cumbres que siguieran.

Merece especial atención el artículo 21 de la Carta Democrática Interamericana, que reitera el contenido del artículo 9 de la Carta de la OEA pero con un agregado fundamental: el Estado miembro que ha sido objeto de suspensión debe seguir cumpliendo sus obligaciones como miembro de la Organización, “en particular en materia de derechos humanos”.

El procedimiento contemplado en la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana se puso en práctica en 2009, ante el derrocamiento del presidente de Honduras⁹.

EL 28 de junio de 2012 fue destituido el presidente Lugo, de Paraguay. El Mercosur consideró que se había producido un golpe de Estado (golpe de Estado parlamentario) y suspendió a Paraguay hasta tanto se celebraran nuevas elecciones presidenciales¹⁰.

d) El 15 de enero de 2019 la Asamblea Nacional de Venezuela adoptó el Acuerdo sobre la declaratoria de usurpación de la Presidencia de la República por parte de Nicolás Maduro y el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, y el 23 de enero Juan Guaidó, presidente de la Asamblea, invocando el artículo 233 de la Constitución, juró como presidente encargado de Venezuela. El gobierno de Maduro calificó de golpe de Estado tal proclamación y en la reunión extraordinaria del Consejo Permanente de la OEA para analizar la situación no hubo consenso, pues si bien un grupo de 16 países se pronunció a favor del reconocimiento de Guaidó como presidente interino, otros países adoptaron una postura diferente. Se trata de otro supuesto de reconocimiento de gobiernos.

6.13. Sucesión de Estados

a) La Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados, adoptada en 1978 y en vigor desde 1996, define la sucesión de Estados como “la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio” (art. 2.1.b).

El hecho que determina la sucesión ha de ser lícito, porque la Convención de 1978 se aplica “únicamente a los efectos de una sucesión de Estados que se produzca

⁹Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 63/301, condenando el golpe de Estado en Honduras y demandando la inmediata e incondicional restauración del gobierno legítimo y constitucional.

¹⁰En aplicación del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR (1998).

de conformidad con el derecho internacional y, en particular, con los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas” (art. 6).

La declaración de independencia de Crimea, hecha por su Parlamento el 11 de marzo de 2014, fue seguida de un referéndum que convalidó el establecimiento de la República de Crimea como Estado soberano e independiente. El 18 de marzo Crimea y Sebastopol firmaron sendos tratados para incorporarse a la Federación de Rusia, con el estatuto de “república” y de “ciudad federal”, respectivamente, y el 27 de marzo la Asamblea General de las Naciones Unidas, con fundamento en que el referéndum no contó con la autorización de Ucrania, aprobó la resolución 68/262, afirmando su determinación de preservar la soberanía, la independencia política, la unidad y la integridad territorial de Ucrania y remarcando que aquella medida, al no tener validez, no puede servir de base para modificar el estatuto de la República Autónoma de Crimea o de la ciudad de Sebastopol, por lo que exhorta a todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer ninguna modificación del estatuto de dichos territorios sobre la base del referéndum realizado “y a que se abstengan de todo acto u operación que pudiera interpretarse como un reconocimiento de ese estatuto modificado”. De este modo, el centenar de países que apoyó con su voto la resolución dejó en claro que no considera que se haya producido respecto de los territorios mencionados una sucesión de Estados de conformidad con el Derecho Internacional.

La misma suerte corrieron los referendos celebrados en septiembre de 2022 en Donetsk, Lugansk, Kerzon y Zaporizhzhia, regiones ocupadas por Rusia tras su invasión a Ucrania que comenzó el 24 de febrero de 2022, en las que existe población rusoparlante. El 12 de octubre la Asamblea General aprobó una resolución declarando que esos referendos (“actos ilícitos”) “no tienen validez alguna”, por lo que exhorta a no reconocer ninguna modificación del estatuto de las regiones de que se trata y exige a Rusia que revoque de manera inmediata e incondicional sus decisiones de anexar dichos territorios, ya que constituyen una violación de la integridad territorial y la soberanía de Ucrania y son incompatibles con los principios de la Carta de las Naciones Unidas. La resolución fue aprobada por 143 votos a favor, cinco en contra (Rusia, Bielorrusia, Corea del Norte, Nicaragua y Siria) y 35 abstenciones.

Tampoco hay sucesión en los casos de adjudicación de un territorio en disputa al Estado que no lo ocupa efectivamente, como sucedió en el asunto de la *Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria* (2002), en el que la Corte Internacional de Justicia resolvió que Camerún era soberano de la península de Bakassi, ocupada por Nigeria.

b) En cuanto al alcance de la Convención, hay que destacar que solo se aplica a la sucesión en materia de tratados entre Estados (art. 1), no a la sucesión de Estados en materia de tratados celebrados entre Estados y otros sujetos de Derecho Internacional (art. 3). Además, el hecho de que un tratado no se considere en vigor respecto de un Estado en virtud de la aplicación de la Convención “no menoscabará en nada el deber de ese Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado” (art. 5).

Otra disposición general se refiere a la aplicación de la Convención en el tiempo: solo se aplica respecto de una sucesión de Estados producida después de su entrada en vigor, salvo que se haya convenido otra cosa (art. 7.1), pero un Estado sucesor podrá hacer una declaración a efectos de que las disposiciones de la Convención se apliquen con respecto a su propia sucesión, producida antes de la entrada en vigor de dicho instrumento¹¹.

El artículo 11 estatuye que una sucesión de Estados no afectará de por sí a una frontera establecida por un tratado ni “a las obligaciones y los derechos establecidos por un tratado y que se refieran al régimen de una frontera”, mientras que el siguiente artículo se enfoca en otros supuestos de tratados “territoriales”, señalando que una sucesión de Estados no afectará de por sí a las obligaciones relativas al uso de cualquier territorio, o a las restricciones en su uso, establecidas por un tratado en beneficio de un Estado extranjero, de un grupo de Estados o de todos los Estados, en tanto que el artículo 12.3 especifica que las disposiciones de los dos párrafos anteriores no se aplican a las obligaciones del Estado predecesor, derivadas de tratados, que prevean el establecimiento de bases militares extranjeras en el territorio a que se refiere la sucesión.

Nada de lo dispuesto en la Convención “afectará a los principios de derecho internacional que afirman la soberanía permanente de cada pueblo y de cada Estado sobre sus riquezas y recursos naturales” (art. 13).

Los supuestos contemplados en la Convención de Viena de 1978 son: a) sucesión respecto de una parte del territorio; b) Estados de reciente independencia; c) unificación de Estados; d) separación de una parte o de partes del territorio de un Estado.

c) El primer supuesto se configura cuando una parte del territorio de un Estado, o cualquier territorio de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado

¹¹Artículo 7 de la Convención, párrafos 2, 3 y 4.

y no forme parte del territorio de este, pase a ser parte del territorio de otro Estado (art. 15). Los tratados del Estado predecesor dejarán de estar en vigor respecto del territorio al que se refiera la sucesión desde la fecha de la sucesión, y los tratados del Estado sucesor estarán en vigor respecto de dicho territorio desde la misma fecha, salvo que se desprenda del tratado o conste de otro modo que su aplicación a ese territorio sería incompatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución, según los apartados a) y b) del artículo 15. Por ende, se adopta la regla de “la movilidad del ámbito territorial de los tratados”, consagrada en la práctica y compatible con el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dice que un tratado es obligatorio para cada una de las partes en la totalidad de su territorio salvo que conste una intención diferente.

Alsacia y Lorena fueron anexionadas a Alemania como consecuencia de la guerra franco-prusiana de 1870, y restituidas a la soberanía francesa por el Tratado de Versalles de 1919.

d) En cuanto a los Estados de reciente independencia, la regla general es la del artículo 16: ninguno de ellos estará obligado a mantener en vigor un tratado, o a pasar a ser parte de él, por el solo hecho de que en la fecha de la sucesión el tratado estuviera en vigor respecto del territorio al que se refiera la sucesión de Estados. Se enuncia así el principio de la *tabula rasa*. La Comisión de Derecho Internacional lo ha explicado diciendo que la metáfora de la tabla rasa es una forma cómoda de expresar que un Estado de reciente independencia empieza su vida internacional libre de toda obligación de seguir manteniendo en vigor los tratados por la simple razón de que anteriormente eran aplicables respecto de su territorio¹².

No obstante, un Estado de reciente independencia puede, a través de una notificación de sucesión, hacer constar su calidad de parte en cualquier tratado multilateral que en la fecha de la sucesión estuviera en vigor respecto del territorio al que se refiere la sucesión de Estados (art. 17.1). También puede hacerlo con respecto a tratados multilaterales que no estén en vigor en la fecha de la sucesión si en tal fecha el Estado predecesor era un Estado contratante respecto del territorio al que se refiera la sucesión (art. 18). Además, si antes de esa fecha el Estado predecesor firmó un tratado sujeto a ratificación, aceptación o aprobación y lo hizo con la intención de que el tratado se extienda al territorio al que se refiera la sucesión, “el Estado de reciente independencia podrá ratificar, aceptar o aprobar el tratado como si lo hubiera firmado y pasar así a ser parte o Estado contratante en él” (art. 19.1). En

¹²CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1974, vol. II, p. 213.

materia de reservas, se entenderá que cuando un Estado de reciente independencia hace una notificación de sucesión mantiene cualquier reserva que fuera aplicable en la fecha de la sucesión de Estados respecto del territorio sometido a esta, “a menos que, al hacer la notificación de sucesión, exprese la intención contraria o formule una reserva que concierna a la misma materia que aquella” (art. 20.1).

La notificación debe hacerse por escrito y con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 22, y tiene como efecto que el Estado de reciente independencia “será considerado parte en el tratado desde la fecha de la sucesión de Estados o desde la fecha de entrada en vigor del tratado, si esta última es posterior” (art. 23.1). Si el Estado de reciente independencia hace constar, mediante la notificación de sucesión, su calidad de Estado contratante en un tratado multilateral que no esté en vigor en la fecha de la sucesión de Estados será considerado Estado contratante en el tratado desde la fecha en que haya sido hecha la notificación (art. 23.2).

En cuanto a los tratados bilaterales, para que sean considerados en vigor entre un Estado de reciente independencia y el otro Estado parte será necesario que ambos hayan convenido en ello expresamente o se hayan comportado de tal manera que deba entenderse que han convenido en ello (art. 24).

e) “Cuando dos o más Estados se unan y formen de ese modo un Estado sucesor, todo tratado en vigor en la fecha de la sucesión de Estados respecto de cualquiera de ellos continuará en vigor respecto del Estado sucesor”, a menos que el Estado sucesor y el otro Estado parte o los otros Estados partes convengan otra cosa, o “que se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado sucesor sería incompatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución” (art. 31.1).

En los casos de unificación de Estados el principio general es, entonces, el de la continuidad de los tratados.

f) En los casos de separación de una parte o de partes del territorio de un Estado para formar un Estado o varios, continúe existiendo o no el Estado predecesor, todo tratado que estuviere en vigor en la fecha de la sucesión respecto de la totalidad del territorio del Estado predecesor continuará en vigor respecto de cada Estado sucesor, mientras que todo tratado que estuviera en vigor en la fecha de la sucesión respecto solamente de la parte del territorio del Estado predecesor que haya pasado a ser un Estado sucesor continuará en vigor sólo respecto de este último (art. 34.1). Tanto en un caso como en el otro, la regla de la continuidad no se aplicará “si los Estados interesados convienen en otra cosa” o “si se desprende del tratado o consta de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado sucesor sería incompatible

con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución” (art. 34.2).

Cuando el Estado predecesor siga existiendo luego de separarse una parte de su territorio, todo tratado que en la fecha de la sucesión estuviere en vigor respecto de dicho Estado continuará en vigor respecto del resto de su territorio, a menos que los Estados interesados convengan en otra cosa, que conste que el tratado se refiere solo al territorio que se ha separado del Estado predecesor, o que se desprenda del tratado o conste de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado predecesor no sería compatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución (art. 35).

6.14. Sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas

La Convención de Viena sobre la sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas fue adoptada el 8 de abril de 1983.

a) Cuando una parte del territorio de un Estado pasa a ser parte del territorio de otro Estado, y a falta de acuerdo entre el Estado predecesor y el Estado sucesor, pasan al Estado sucesor los bienes inmuebles del predecesor situados en el territorio traspasado, junto con los bienes muebles vinculados a la actividad del Estado predecesor en relación con dicho territorio (art. 14).

Cuando el Estado sucesor es un Estado de reciente independencia, los bienes de Estado inmuebles del Estado predecesor situados en el territorio al que se refiera la sucesión pasan al Estado sucesor, junto con los demás bienes inmuebles indicados en el artículo 15. En cuanto a los bienes de Estado muebles, pasan al Estado sucesor los vinculados a su actividad en relación con el territorio al que se refiera la sucesión, entre otros. Con arreglo al artículo 15.4, los acuerdos que se celebren para regular la sucesión en los bienes de Estado del Estado predecesor de manera distinta a la que resulte de la aplicación de los párrafos 1 a 3 no podrán menoscabar el principio de la soberanía permanente de cada pueblo sobre sus riquezas y recursos naturales.

Cuando existe unificación, pasan al Estado sucesor los bienes de Estado de los Estados predecesores (art. 16). Y cuando una o varias partes del territorio de un Estado se separan de él y forman un Estado sucesor, a falta de acuerdo, se aplican las reglas previstas en el artículo 17, entre ellas la que prevé que pasan al Estado sucesor los bienes de Estado inmuebles del Estado predecesor situados en el territorio al que se refiera la sucesión.

Ahora bien, “cuando un Estado se disuelva y deje de existir, formando las partes del territorio del Estado predecesor dos o más Estados, y a menos que los Estados sucesores de que se trate hayan convenido en otra cosa”, serán aplicables las reglas previstas en el artículo 18.1.

b) Se entiende por “archivos de Estado del Estado predecesor” todos los documentos, de cualquier fecha y naturaleza, producidos o recibidos por dicho Estado en el ejercicio de sus funciones que en la fecha de la sucesión de Estados pertenecían al Estado predecesor de conformidad con su Derecho interno y eran conservados por él directamente o bajo su control en calidad de archivos con cualquier fin (art. 20).

En el caso de transferencia de una parte del territorio de un Estado, el paso de los archivos se regirá por acuerdo entre el Estado predecesor y el Estado sucesor. A falta de acuerdo, el artículo 27 determina las pautas a seguir.

Cuando el Estado sucesor sea un Estado de reciente independencia, pasan a él los archivos que, habiendo pertenecido al territorio independizado, se hubieran convertido durante el período de la dependencia en archivos de Estado del Estado predecesor, junto con los archivos de Estado de este último que, para la administración normal de ese territorio, deban encontrarse allí, y los archivos que conciernan de manera exclusiva o principal a dicho territorio. El Estado predecesor debe proporcionar al sucesor la mejor prueba disponible en sus archivos de los títulos territoriales o de las fronteras del Estado de reciente independencia, o que sea necesaria para aclarar el sentido de los documentos que pasan a él. A todo lo anterior, se suma la obligación del Estado predecesor de cooperar con el sucesor en sus esfuerzos por recuperar archivos que, habiendo pertenecido al territorio al que se refiera la sucesión, hubieran sido dispersados durante el período de la dependencia. Los acuerdos celebrados entre ambos Estados no podrán menoscabar el derecho del pueblo del Estado de reciente independencia al desarrollo, a la información sobre su historia y a su patrimonio cultural, concluye diciendo el artículo 28.

“Cuando dos o más Estados se unan y formen de ese modo un Estado sucesor, los archivos de Estado de los Estados predecesores pasarán al Estado sucesor” (art. 29). Y cuando la sucesión se deba a la separación de una parte o de varias partes del territorio de un Estado para formar un Estado nuevo o más de uno, el paso de los archivos de Estado se rige por acuerdo. A falta de acuerdo, los criterios a seguir, señalados en el artículo 30, son similares a los establecidos para el supuesto de transferencia de una parte del territorio de un Estado.

En caso de disolución, formando las partes del territorio del Estado predecesor

dos o más Estados sucesores, rige el acuerdo entre ellos. Si no hay acuerdo, las pautas del artículo 31 guiarán el traspaso.

Tanto en el caso de separación como en el de disolución, los acuerdos que se celebren no pueden menoscabar el derecho de los pueblos involucrados al desarrollo, a la información sobre su historia y a su patrimonio cultural.

c) La Convención precisa que por “deuda de Estado” se entiende “toda obligación financiera de un Estado predecesor para con otro Estado, para con una organización internacional o para con cualquier otro sujeto de derecho internacional, nacida de conformidad con el derecho internacional” (art. 33).

En el caso de transferencia de una parte del territorio de un Estado, el paso de la deuda de Estado del Estado predecesor al Estado sucesor se determinará por acuerdo. A falta de acuerdo, pasará en una proporción equitativa, habida cuenta en particular de los bienes, derechos e intereses que pasen al Estado sucesor en relación con la deuda (art. 37).

Cuando el sucesor sea un Estado de reciente independencia, no pasa a este ninguna deuda de Estado del Estado predecesor, a menos que un acuerdo entre ambos disponga otra cosa en razón del nexo entre la deuda del predecesor, vinculada a su actividad en el territorio al que se refiera la sucesión, y los bienes, derechos e intereses que pasen al Estado de reciente independencia. El acuerdo no puede menoscabar el principio de la soberanía permanente de cada pueblo sobre sus riquezas y recursos naturales, ni su cumplimiento puede poner en peligro los equilibrios económicos fundamentales del Estado de reciente independencia. La intención protectora del artículo 38 es clara.

En caso de unificación de Estados, la deuda de Estado de los Estados predecesores pasa al Estado sucesor (art. 39). Cuando una o varias partes del territorio de un Estado se separen de él y formen un Estado, y a menos que se convenga otra cosa, la deuda de Estado del Estado predecesor pasa al Estado sucesor en una proporción equitativa, habida cuenta en particular de los bienes, derechos e intereses que pasen al Estado sucesor en relación con esa deuda (art. 40). La misma solución es aplicable cuando una parte del territorio de un Estado se separe de él y se una a otro Estado. Y cuando un Estado se disuelva y deje de existir, formando las partes del territorio del Estado predecesor dos o más Estados nuevos, y a menos que los Estados sucesores convengan otra cosa, la deuda pasa a ellos en proporciones equitativas, teniendo en cuenta en particular los bienes, derechos e intereses que pasen a cada Estado sucesor en relación con esa deuda (art. 41).

El acuerdo sucesorio se puede alcanzar con cierta facilidad en el caso de nacimiento de un Estado por unificación de dos Estados preexistentes, pero la cuestión se hace mucho más compleja en los casos de separación violenta (secesión) o de disolución de un Estado, sobre todo cuando surgen varios Estados nuevos. En el caso de la ex Yugoslavia, el acuerdo, ajustado a los criterios de la Convención de 1983, se concluyó en 2001 y entró en vigor en 2004.

6.15. La inmunidad del Estado

La inmunidad del Estado extranjero, reflejada en la máxima *par in parem non habet imperium* (los iguales no tienen jurisdicción uno sobre otro), encuentra su fundamento en el principio de la igualdad soberana de los Estados.

La Comisión de Derecho Internacional elaboró un proyecto de artículos que fue el punto de partida para la Convención de las Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, adoptada el 2 de diciembre de 2004. La Convención recoge la costumbre existente en la materia.

a) La Convención dice que “todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otros Estados” (art. 5). Ahora bien, ¿qué actos resultan alcanzados por la inmunidad de jurisdicción?

Hay que distinguir entre los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis*, es decir, los realizados por el Estado en la esfera del Derecho público y los que muestran al Estado actuando en la esfera del Derecho privado. En el primer supuesto, se trata de actos que solo el Estado puede realizar. En cambio, los actos *iure gestionis* también pueden ser realizados por particulares.

Para saber en qué casos hay un acto de imperio y en qué casos no, el criterio más ajustado es el de la naturaleza del acto. Aplicando este criterio, la Corte Suprema de los Estados Unidos no aceptó la inmunidad de jurisdicción de Argentina en el caso *Waltover* (1992), relativo a una reprogramación unilateral de los vencimientos de bonos emitidos por el país, considerando que Argentina, al emitir esos bonos, había actuado “a la manera de un actor privado” y que atender a la personalidad de quien emite el título implica apartarse del criterio de la naturaleza del acto que establece la ley.

Según el artículo 6 de la Convención, un Estado hará efectiva la inmunidad de jurisdicción “absteniéndose de ejercer jurisdicción en un proceso incoado ante sus tribunales contra otro Estado”. La inmunidad se apreciará de oficio por los tribunales del Estado del foro, y ningún Estado podrá hacerla valer en un proceso

ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente que ese tribunal ejerza jurisdicción al respecto por acuerdo internacional, en un contrato escrito o por una declaración ante el tribunal o una comunicación escrita en un proceso determinado (art. 7). Ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción si ha incoado el proceso o si ha intervenido en él o realizado cualquier otro acto en relación con el fondo (art. 8.1).

Existen procesos en los cuales no se puede hacer valer la inmunidad de jurisdicción, como los relacionados con las transacciones mercantiles con una persona física o jurídica, pero esta disposición no se aplica en el caso de una transacción mercantil entre Estados o si las partes han pactado expresamente otra cosa (art. 10). Tampoco se puede hacer valer la inmunidad del Estado en el caso de una empresa estatal u otra entidad creada por un Estado que esté dotada de personalidad jurídica propia y tenga capacidad para demandar o ser demandada y para adquirir bienes y disponer de ellos (art. 10.3). Para determinar si un contrato o transacción es una “transacción mercantil” hay que atender principalmente a la naturaleza del acto, aunque también se tiene en cuenta su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o transacción (art. 2.2).

Ningún Estado puede hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado (art. 11.1). Sin embargo, esta disposición no se aplica: a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) si el empleado es un agente diplomático, un funcionario consular o cualquier otra persona que goza de inmunidad diplomática; c) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato o la reposición del trabajador; d) si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato y el proceso, a criterio del Estado empleador, menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado; e) si el empleado es nacional del Estado empleador al entablarse el proceso, salvo que tenga residencia permanente en el Estado del foro; f) si el Estado empleador y el trabajador han convenido otra cosa por escrito, a menos que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia a que se refiere el proceso (art. 11.2).

Tampoco es posible hacer valer la inmunidad de jurisdicción, salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente

atribuible al Estado de que se trate, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio del otro Estado y el autor del acto o la omisión se encontraba allí en el momento del acto o la omisión (art. 12).

Esta excepción implica que un tribunal del Estado del foro puede ejercer jurisdicción en relación con los accidentes de tránsito en que, por ejemplo, resulte involucrado un medio de transporte de una misión diplomática, y también respecto de otros daños¹³. Como solo se contempla la indemnización pecuniaria, no procede reclamar la indemnización del daño moral.

Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, no se puede hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso relativo a la determinación de los derechos o intereses de un Estado extranjero respecto de bienes inmuebles o muebles situados en el Estado del foro (art. 13), o a la determinación de derechos de propiedad intelectual o industrial (art. 14). Tampoco podrá hacerse valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso relativo a la participación de un Estado extranjero en una sociedad u otra colectividad que comprenda socios que no sean Estados u organizaciones internacionales y se haya constituido u organizado con arreglo a la ley del Estado del foro o tenga su sede o establecimiento principal en él, salvo que las partes en litigio hayan estipulado la inmunidad por acuerdo escrito o el instrumento por el que se rija la sociedad o colectividad permita hacer valer la inmunidad (art. 15).

Salvo que se convenga otra cosa entre los Estados interesados, ningún Estado que sea propietario de un buque o que lo explote podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso relativo a la explotación de ese buque, si en el momento del hecho que haya dado lugar a la acción el buque fuera utilizado para fines que no sean un servicio público no comercial; además, no puede hacerse valer la inmunidad en un proceso relativo al transporte de un cargamento a bordo de un buque, si en el momento del hecho que haya dado lugar a la acción el buque fuera utilizado para los fines antes mencionados (art. 16). También en este caso el buque debe ser de propiedad del Estado o explotado por él.

Por otro lado, si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera para someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, no puede hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado en un proceso relativo a la validez, la interpretación o la aplicación del convenio, el procedimiento de arbitraje o la confirmación o anulación

¹³En el caso *Letelier vs. Republic of Chile* (1980) se investigó el atentado en Washington que le costó la vida a quien había sido ministro en el gobierno de Salvador Allende, atribuido al régimen de Pinochet.

del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa (art. 17).

b) La ley argentina¹⁴ consagra como principio general que los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, en los términos y condiciones que su texto establece, y dispone que no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos: 1) cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial del Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del Derecho Internacional; 2) cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o personas residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional; 3) cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en dicho territorio; 4) cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles situados en el territorio nacional; 5) cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero de heredero o legatario de bienes que se encuentren en el país; 6) cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral o referido a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

Como se observa, la ley contempla casi las mismas excepciones que prevé la Convención. Por otro lado, establece que si se presentaren demandas ante los tribunales argentinos contra un Estado extranjero invocando una violación al Derecho internacional de los derechos humanos, el tribunal interviniente se limitará a indicar al actor el órgano de protección internacional, en el ámbito regional o universal, ante el que podrá formular su reclamo, si correspondiere (art. 3).

Dispone también que los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción “cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos”, o cuando se planteara una reconvencción directamente ligada a la demanda principal que el Estado hubiere incoado (art. 2).

c) Según la Convención de 2004, por “Estado” se entiende “el Estado y sus diversos órganos de gobierno”, así como “los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal carácter”. También “los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, en la medida que estén

¹⁴Ley 24.488, B.O. del 28 de junio de 1995.

facultados para realizar actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado” y “los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter” (art. 2.1.b).

d) Cuando procede el ejercicio de jurisdicción sobre el Estado extranjero, cabe preguntarse si es posible que los tribunales del Estado del foro dispongan medidas coercitivas, antes o después de la sentencia.

La Convención de las Naciones Unidas se ocupa de la cuestión, disponiendo que “no podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas anteriores al fallo como el embargo y la ejecución”, sino cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de esas medidas por acuerdo internacional, por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito, o por una declaración ante un tribunal o una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes, o cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda (art. 18).

Tampoco podrán adoptarse medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo o la ejecución, salvo en los mismos casos señalados respecto de las medidas anteriores al fallo, o cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se ha incoado el proceso (art. 19). El término “entidad” tiene el alcance que la Convención asigna al término “Estado”.

La Convención, en el artículo 21.1, indica qué bienes se consideran afectados a un servicio público no comercial y, por consiguiente, están protegidos por la inmunidad de ejecución: 1) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de las misiones diplomáticas del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales y sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales; 2) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares; 3) los bienes del Banco Central o de otra autoridad monetaria del Estado; 4) los bienes del patrimonio cultural del Estado, o parte de sus archivos, que no se hayan puesto en venta ni estén destinados a ser puestos en venta; 5) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto en venta ni estén destinados a ello.

Algunos de estos bienes están protegidos por normas particulares, como los

locales de la misión diplomática y los bienes situados en ellos, a los que se refiere el artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, los buques de guerra y otros buques de Estados destinados a fines no comerciales, amparados por diversos artículos de la CONVEMAR¹⁵, y las aeronaves de Estado, protegidas por el Convenio de Roma de 1933 para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves (art. 3) y el Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional (art. 3).

Según el artículo 20 de la Convención, el consentimiento para el ejercicio de la jurisdicción “no implica consentimiento para adoptar medidas coercitivas”.

Regresar al Sumario

¹⁵En un intento por embargar bienes para asegurar el cumplimiento del fallo favorable obtenido en Nueva York, el grupo NML Capital Limited logró que la Corte Superior de Ghana dispusiera retener a la Fragata Libertad, el buque escuela de la Armada Argentina, a partir del 2 de octubre de 2012 en el puerto de Tema. Argentina hizo una presentación ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, requiriendo una medida provisional en el marco del artículo 290 de la CONVEMAR, y el 15 de diciembre de 2012 dicho Tribunal ordenó liberar la Fragata Libertad considerando que, al ser un buque de guerra, goza de la inmunidad reconocida en el artículo 95 de la misma Convención.

7. La competencia personal del Estado

7.1. Nociones generales

En relación con la población permanente asentada en su territorio, el Estado ejerce un conjunto de competencias que constituye la dimensión personal de la soberanía.

Cabe destacar que si bien el ejercicio normal de las competencias personales del Estado tiene lugar sobre las personas (físicas y jurídicas) que se encuentran en su territorio y son sus nacionales, ese ejercicio de competencias se proyecta también, con distinta intensidad, sobre las personas que se encuentran en su territorio, aunque no sean nacionales suyas, y sobre sus nacionales aunque no estén en su territorio (Diez de Velasco, 2005, p. 589). Estas competencias tienen una doble limitación: la del Derecho Internacional y la del propio Derecho interno.

7.2. Nacionalidad

La Convención de La Haya sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad (1930) establece que “es discreción de cada Estado determinar, bajo su propia legislación, quienes son sus ciudadanos” y que “esta legislación será reconocida por otros Estados en la medida que sea compatible con las Convenciones Internacionales y con la práctica internacional, y con los principios de derecho generalmente reconocidos con respecto a la nacionalidad” (art. 1).

Una persona y un Estado quedan ligados a través del vínculo de la nacionalidad, que genera una especie de *camino de doble vía* (derechos y deberes recíprocos), como se puso de manifiesto en el caso *Nottebohm* (1955). Friedrich Nottebohm era un ciudadano alemán que se instaló en Guatemala en 1905, conservando lazos familiares y comerciales en su país. En 1939 viajó a Liechtenstein, donde residía un hermano suyo, y obtuvo allí la nacionalidad mediante naturalización. Detenido en 1943 en Guatemala y entregado a Estados Unidos, fue sometido a la medida de internamiento por ser nacional de un país enemigo en la Segunda Guerra Mundial. Varios años después de ser liberado, Liechtenstein inició un litigio contra Guatemala en reclamo de reparación de los daños sufridos por su nacional.

La Corte Internacional de Justicia sostuvo que, al haber Liechtenstein asumido la protección diplomática de Nottebohm, correspondía determinar si Guatemala estaba obligada, de acuerdo con el Derecho Internacional, a reconocer la nacionalidad otorgada por el Estado demandante, subrayando que los jueces han dado “preferencia a la nacionalidad real y efectiva, la que concuerda con los hechos, la que se basa en los lazos más fuertes entre la persona interesada y uno de los Estados cuya nacionalidad se disputa”¹. Añadió que han de tomarse en cuenta, entre otras cosas, la residencia habitual del interesado, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, la adhesión demostrada a un país e inculcada a sus hijos. Sobre estas bases, la demanda fue desestimada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la nacionalidad diciendo que es “el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática”².

7.3. La nacionalidad en los instrumentos de derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” (art. 15.1) y que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad” (art. 15.2).

La Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957) prevé que “ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer” (art. 1). Contempla también que el hecho de que un nacional de un Estado parte “adquiera voluntariamente la nacionalidad de otro Estado o el de que renuncie a su nacionalidad, no impedirá que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee” (art. 2). Además, una mujer extranjera casada con un nacional de un Estado parte “podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido, mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que puedan imponerse por razones de seguridad y de interés público” (art. 3.1). Esto último no debe interpretarse “en el sentido de que afecte a la legislación o a la práctica judicial que permitan a la mujer extranjera de uno de sus nacionales adquirir de pleno derecho, si lo solicita, la nacionalidad del marido” (art. 3.2).

¹ONU, Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la CIJ 1948-1991, Nueva York, Naciones Unidas, p. 47.

²Corte IDH, *Castillo-Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 99.

“Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”, proclama el artículo 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mostrando el camino a la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce a todo niño el derecho desde que nace a adquirir una nacionalidad (art. 7.1).

La Declaración Americana proclama que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda y el de cambiarla, si lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela” (art. XIX), mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos da un paso más al decir, en los distintos párrafos del artículo 20, que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad”, así como “a la nacionalidad del Estado en que nació si no tiene derecho a otra”, y que “a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho de cambiarla”.

7.4. Adquisición de la nacionalidad

a) La nacionalidad que una persona adquiere al momento de su nacimiento es la nacionalidad originaria. Hay dos criterios para otorgarla: el *ius soli* y el *ius sanguinis*. Se basa el *ius soli* en el lugar de nacimiento y el *ius sanguinis* en la nacionalidad de ambos padres, si es la misma, o en la del padre o la madre. Tales criterios no son excluyentes. El Derecho interno de la mayoría de los países combina uno y otro criterio.

b) Una persona puede adquirir una nacionalidad diferente de la de origen mediante naturalización. Si pierde por ello la nacionalidad que tenía, habrá cambio de nacionalidad. De lo contrario, la persona habrá adquirido otra nacionalidad, conservando la de origen. Todo depende de la legislación respectiva.

7.5. Legislación argentina

El artículo 1 de la ley 346 establece que son argentinos las personas que nazcan en el territorio de la República Argentina, sea cual fuera la nacionalidad de sus padres, con excepción de los hijos de diplomáticos extranjeros o funcionarios internacionales residentes en la Argentina, así como los hijos de argentinos nativos que, habiendo nacido en país extranjero, optaren por la nacionalidad argentina, los nacidos en buques de guerra de la República y los nacidos en alta mar bajo pabellón argentino.

Además, son argentinos, en absoluta igualdad jurídica con los nacidos en el territorio nacional, los hijos de argentinos nacidos en el extranjero durante el exilio político de sus padres. La persona beneficiaria podrá hacer valer este derecho a

partir de su ingreso al país, mediante petición ante el juez federal competente, que hará el mismo interesado al cumplir los 18 años o, en caso de no haber cumplido esa edad, sus representantes legales³.

También tienen la nacionalidad argentina los hijos de los argentinos que prestan servicios en las organizaciones internacionales de las cuales Argentina es Estado miembro⁴. A su vez, la Ley del Servicio Exterior de la Nación establece que son argentinos nativos los hijos de los funcionarios del Servicio Exterior o de cualquier funcionario argentino de carácter nacional, provincial o municipal, o dependiente de un organismo internacional, que nazcan en el extranjero en ocasión de la prestación de servicios a que se refiere la ley (art. 91)⁵.

La nacionalidad argentina por naturalización puede ser adquirida por las personas extranjeras mayores de 18 años que acrediten haber residido en la República Argentina de acuerdo al marco normativo vigente, como residentes permanentes o temporarios, en forma continua durante los dos años anteriores a la solicitud y manifiesten ante los jueces federales su voluntad de ser argentinos⁶.

Una persona extranjera que acredite haber desempeñado de manera honrada empleos en la Nación, en las provincias o en la administración pública municipal, dentro o fuera del país, o servido en las fuerzas armadas argentinas, o tener cónyuge o hijo argentino nativo, o ejercer la docencia en cualquiera de sus ramas, entre otros supuestos, puede obtener la naturalización cualquiera sea el tiempo de su residencia⁷.

7.6. Doble o múltiple nacionalidad

Es posible que una persona tenga dos nacionalidades, adquiridas en el momento del nacimiento, como ocurre en el caso de quien nace en un país cuya legislación adopta el *ius soli* y sus padres son nacionales de un país en el que se aplica el *ius sanguinis* (Barboza, 2010, p. 705).

Una persona puede adquirir otra nacionalidad en un momento posterior, dependiendo de la ley aplicable que pierda o no la nacionalidad de origen. La doble o múltiple nacionalidad genera ciertas dificultades, en particular en lo relativo

³Artículos 1 y 2 de la ley 16.569, B.O. del 3/12/64. El artículo 2 ha sido modificado por el artículo 1 de la ley 25.327, B.O. del 13/12/2000.

⁴Artículo 1 de la ley 17.692, B.O. del 4/4/68.

⁵Ley 20.957, B.O. del 16/6/1975.

⁶Según el texto del inciso 1° del artículo 2 de la ley 346, sustituido por el artículo 27 del decreto 70/2017, B.O. del 30 de enero de 2017.

⁷Decreto 3213/84, reglamentario de la ley 346, B.O. del 19/10/84.

al cumplimiento de las obligaciones militares. Por eso, el Convenio del Consejo de Europa sobre la Reducción de los Casos de Pluralidad de Nacionalidades y sobre las Obligaciones Militares en los Casos de Pluralidad de Nacionalidades (1963) establece que “cualquier persona que posea la nacionalidad de dos o más de las Partes Contratantes únicamente estará obligada a cumplir sus obligaciones militares con respecto a una sola de dichas Partes” (art. 5.1).

7.7. La apatridia

De acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954), el término “apátrida” designa “a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación” (art. 1.1). En consecuencia, una persona que se halla en esa situación es extranjera en cualquier lugar donde se encuentre.

La Corte IDH ha señalado que “una persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerequisite del reconocimiento de la personalidad jurídica”⁸.

Toda persona apátrida tiene el deber de acatar las leyes y los reglamentos del país en el que se encuentre (art. 2) y las disposiciones de la Convención de 1954 deben aplicarse sin discriminación por motivos de raza, religión o país de origen (art. 3). Se reconoce a las personas apátridas que se encuentren en el territorio de un Estado contratante “un trato por lo menos tan favorable como el otorgado a sus nacionales en cuanto a la libertad de practicar su religión y en cuanto a la libertad de instrucción religiosa a sus hijos” (art. 4). Ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en menoscabo de derechos y beneficios que hayan sido reconocidos a los apátridas independientemente de la Convención (art. 5) y todo Estado parte les otorgará “el mismo trato que otorgue a los extranjeros en general” (art. 7.1).

Asimismo, toda persona apátrida tiene libre acceso a los tribunales de justicia, así como derecho a un empleo remunerado. En materia de vivienda, los apátridas tienen derecho al trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general. También se les reconoce el acceso a la educación pública, entre otros derechos.

Los Estados contratantes deben expedir documentos de identidad a toda persona

⁸Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 178.

apátrida que se encuentre en su territorio y que no tenga un documento válido de viaje, y documentos de viaje que permitan a esas personas trasladarse fuera del territorio del Estado de que se trate⁹.

No se expulsará a ninguna persona apátrida, salvo por razones de seguridad nacional o de orden público (art. 31.1). Los Estados contratantes facilitarán en todo lo posible la naturalización de los apátridas, esforzándose por acelerar los trámites de naturalización y reducir en todo lo posible los gastos de esos trámites (art. 32).

En síntesis, la Convención de 1954 se basa en que “ningún apátrida debe ser tratado peor que cualquier extranjero que posea una nacionalidad” y “reconoce que los apátridas son más vulnerables que los demás extranjeros”, estableciendo una serie de medidas especiales para ellos (ACNUR, 2010, p. 4).

7.8. Eliminación de las causas de apatridia

La Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961) establece que “todo Estado contratante concederá su nacionalidad a la persona nacida en su territorio que de otro modo sería apátrida” (art. 1.1). Lo hará de pleno derecho en el momento del nacimiento o mediante solicitud presentada ante la autoridad competente por el interesado o en su nombre, en la forma que prescriba la legislación aplicable. Los Estados contratantes pueden establecer ciertas condiciones para conceder la nacionalidad, como la residencia habitual en su territorio durante un tiempo.

a) Si una persona nace en un Estado que otorga la nacionalidad solamente sobre la base del *ius sanguinis*, pero sus padres son nacionales de otro Estado cuya legislación está basada solo en el *ius soli*, esa persona será apátrida, por lo menos hasta el momento en que se conceda, según la legislación del Estado donde nació, la nacionalidad de este, salvo que se adopte la solución que propicia el artículo 1.1.a de la Convención: concesión de pleno derecho en el momento del nacimiento de la nacionalidad del Estado en cuyo territorio la persona nació (Achiron, 2008).

La Convención de 1961 dispone que “todo hijo nacido dentro del matrimonio en el territorio de un Estado contratante cuya madre sea nacional de ese Estado, adquirirá en el momento del nacimiento la nacionalidad de dicho Estado si de otro modo sería apátrida” (art. 1.3). Teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, igual solución cabe con respecto a los hijos nacidos fuera del matrimonio¹⁰.

⁹Artículos 27 y 28 de la Convención.

¹⁰Artículos 2.1, 4, 7.1 y 7.2.

“Salvo prueba en contrario, se presume que un expósito que ha sido hallado en el territorio de un Estado contratante ha nacido en ese territorio, de padres que poseen la nacionalidad de dicho Estado” (art. 2). El nacimiento a bordo de un buque o en una aeronave se considerará, según el caso, como ocurrido en el territorio del Estado cuyo pabellón enarbole el buque o en el territorio del Estado en que esté matriculada la aeronave (art. 3).

El artículo 4 dispone que los Estados partes concederán su nacionalidad a los niños que de otro modo serían apátridas y con los cuales existe un vínculo, no ya por nacimiento en el territorio sino por ascendencia. La nacionalidad se concederá de pleno derecho al momento del nacimiento o por medio de solicitud, y se permite subordinar su concesión a determinadas condiciones, como la residencia habitual en el territorio del Estado de que se trate durante un período determinado.

b) Si la legislación de un Estado contratante prevé la pérdida de la nacionalidad como consecuencia del matrimonio, o de la disolución del matrimonio, con una persona extranjera, entre otros supuestos, “dicha pérdida estará subordinada a la posesión o la adquisición de la nacionalidad de otro Estado” (art. 5.1). Ahora bien, si una persona que contrae matrimonio con una persona extranjera pierde por ello la nacionalidad que tenía y, a su vez, la ley del Estado del cónyuge no contempla la adquisición de nacionalidad por matrimonio, esa persona será apátrida.

Por ello, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga a los Estados partes a garantizar que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio la conviertan en apátrida (art. 9.1).

c) Según el artículo 6 de la Convención, si está legalmente previsto que el hecho de perder una persona su nacionalidad o ser privada de ella entraña la pérdida de esa nacionalidad por el cónyuge o los hijos, ello estará subordinado a la posesión o la adquisición de otra nacionalidad.

d) Si la legislación de un Estado contratante prevé la renuncia a la nacionalidad, esta solo será efectiva si la persona interesada tiene o adquiere otra nacionalidad (art. 7.1.a). Además, el nacional de un Estado contratante que solicite la naturalización en un país extranjero no perderá su nacionalidad a menos que adquiera o se le haya dado la seguridad de que adquirirá la nacionalidad de ese país (art. 7.2).

e) El artículo 7.3 establece que una persona no perderá su nacionalidad, si eso hará que se convierta en apátrida, por abandonar el país cuya nacionalidad tiene, residir en el extranjero, dejar de inscribirse en el registro correspondiente u otra

razón análoga, pero los naturalizados pueden perder la nacionalidad por residir en el extranjero durante el período fijado por la legislación respectiva, que no será menor de siete años consecutivos, si no declaran ante las autoridades competentes su intención de conservar su nacionalidad (art. 7.4). Y en el caso de los nacionales de un Estado contratante nacidos fuera de su territorio, la legislación de ese Estado podrá subordinar la conservación de la nacionalidad, a partir del año siguiente a la fecha en que la persona interesada alcance la mayoría de edad, al cumplimiento del requisito de residencia en ese momento en el territorio del Estado o de inscripción en el registro correspondiente (art. 7.5).

f) Los Estados partes no privarán de su nacionalidad a una persona si esto ha de convertirla en apátrida (art. 8.1). No obstante, una persona podrá ser privada de su nacionalidad en los casos en que, con arreglo a los párrafos 4 y 5 del artículo 7, cabe prescribir la pérdida de la nacionalidad o cuando la nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa o por fraude (art. 8.2). Además, los Estados contratantes podrán conservar la facultad de privar a una persona de su nacionalidad si en el momento de la firma, la ratificación o la adhesión especifican que se reservarán esa facultad por uno o varios de los motivos previstos en el artículo 8.3, siempre que estén contemplados en su legislación nacional en ese momento. Haber prestado o seguido prestando servicios a otro Estado, haber recibido o seguido recibiendo dinero de otro Estado, a pesar de una prohibición expresa del Estado contratante, o haberse conducido de una manera gravemente perjudicial para los intereses esenciales del Estado, son los motivos contemplados, así como haber prestado juramento de lealtad o hecho una declaración formal de lealtad a otro Estado o dado la persona pruebas directas de su determinación de repudiar la lealtad que debe al Estado contratante.

No se privará de nacionalidad a ninguna persona o a ningún grupo de personas por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos (art. 9).

g) “Todo niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento”, prevé el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24.2), al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7.1). El artículo 7.2 de la Convención dispone que los Estados partes velarán por la aplicación de los derechos reconocidos en el artículo 7.1, sobre todo cuando, de otro modo, el resultado sería la apatridia.

En el caso mencionado más arriba, la Corte Interamericana consideró que la normativa interna que fije los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento debe ser coherente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales (entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño) y que “los requisitos para la declaración tardía de nacimiento no pueden representar

un obstáculo para gozar del derecho a la nacionalidad”¹¹.

La legislación de muchos países no permite que las mujeres transmitan su nacionalidad a sus hijos, lo cual puede generar apatridia si el padre carece de nacionalidad (Achiron, 2008, p. 32). La aplicación del criterio de reconocer “a la mujer los mismos derechos que al hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos”, que promueve el artículo 9.2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hará que el niño o la niña no herede la condición de apátrida de su padre.

h) De acuerdo con el Principio 27 de los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas (2019) los Estados deben adoptar las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para erradicar la apatridia, medidas de prevención, identificación, protección y reducción, como la inscripción universal del nacimiento de los hijos de las personas migrantes, asegurando la igualdad entre mujeres y hombres en cuanto a transmitir la nacionalidad a sus hijos, especialmente si, de otro modo, el niño o la niña sería apátrida. Los Estados deben velar por que los niños y niñas que nazcan de nacionales suyos en un territorio extranjero, que de otro modo serían apátridas, adquieran su nacionalidad.

7.9. La protección de las personas apátridas

El artículo 11 de la Convención de 1961 instala el compromiso de promover la creación, dentro de la órbita de las Naciones Unidas, de un organismo al que podrán acudir las personas que se crean con derecho a acogerse a la Convención, para que examine su pretensión y las asista ante la autoridad competente.

La Asamblea General ha encargado a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) que desempeñe esa función y que ayude a los Estados a proteger a los apátridas y resolver situaciones de apatridia, no solo porque los problemas de refugiados y apátridas a veces se superponen, sino también porque la protección de quienes carecen de nacionalidad requiere, en muchos aspectos, un enfoque similar al adoptado con respecto a los refugiados (ACNUR, 2010, p. 7).

¹¹Corte IDH, sentencia del *Caso de las niñas Yean y Bosico*, párrs. 190 y 192.

7.10. La nacionalidad en la sucesión de Estados

La sucesión de Estados es otra causa de apatridia. La Convención para Reducir los Casos de Apatridia establece que todo tratado entre los Estados contratantes sobre la transferencia de un territorio incluirá disposiciones para asegurar que ninguna persona se convertirá en apátrida a raíz de ello, debiendo poner el mayor empeño en asegurar que tales disposiciones figuren en todo tratado de transferencia de un territorio que concierten con un Estado que no sea parte en la Convención (art. 10.1). El artículo 10.2 prescribe que, a falta de tales disposiciones, el Estado contratante al que se haya cedido un territorio o lo haya adquirido de otra manera concederá su nacionalidad a las personas que de otro modo se convertirían en apátridas como resultado de la transferencia o adquisición de ese territorio.

La CDI aprobó en 1999 un proyecto de artículos sobre nacionalidad de las personas naturales en relación con la sucesión de Estados¹². Toda persona “que, en la fecha de la sucesión de Estados, tenga la nacionalidad del Estado predecesor, independientemente de la forma en que la haya adquirido, tendrá derecho a la nacionalidad de por lo menos uno de los Estados involucrados” (art. 1).

Los Estados involucrados deben adoptar “todas las medidas apropiadas para evitar que las personas naturales que, en la fecha de la sucesión de Estados, tengan la nacionalidad del Estado predecesor se conviertan en apátridas como consecuencia de dicha sucesión” (art.4), presumiéndose “que las personas afectadas que tengan su residencia habitual en el territorio afectado por la sucesión de Estados adquieren la nacionalidad del Estado sucesor en la fecha de la sucesión” (art. 5).

Cada Estado involucrado debería aprobar, sin dilación injustificada, una legislación sobre la nacionalidad y las cuestiones conexas derivadas de la sucesión de Estados que sea compatible con los artículos del proyecto, y adoptar todas las medidas apropiadas para que se informe a las personas afectadas, dentro de un plazo razonable, sobre los efectos de esa legislación, las opciones a las que pueden acogerse en virtud de ella y las consecuencias que para su condición jurídica se derivarán de su ejercicio (art. 6).

Cuando la adquisición o pérdida de la nacionalidad, con ocasión de la sucesión de Estados, pueda afectar la unidad de la familia, los Estados involucrados adoptarán

¹²La Asamblea General tomó nota de ese proyecto de artículos mediante la resolución 55/153 (2000), que lo incorpora como anexo. Mediante resolución 59/34, de 16 de diciembre de 2004, la Asamblea General invitó a los gobiernos a formular observaciones con respecto a la conveniencia de elaborar un instrumento jurídico sobre la cuestión, incluida la necesidad de evitar la apatridia como resultado de la sucesión de Estados.

medidas apropiadas para que la familia pueda permanecer unida o recuperar su unidad (art. 12). Los niños nacidos después de la sucesión de Estados que no hayan adquirido ninguna nacionalidad, tendrán derecho a la nacionalidad del Estado involucrado en cuyo territorio hayan nacido (art. 13).

7.11. Las personas extranjeras

a) Una persona que no es nacional del Estado en el que se encuentra es una persona extranjera. Así define el término “extranjero” la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada el 13 de diciembre de 1985 por la Asamblea General mediante la resolución 40/144.

Cada Estado regula la admisión, la permanencia en su territorio y la salida de las personas extranjeras, pero hay limitaciones a la potestad estatal que provienen de los tratados y de ciertas normas internacionales consuetudinarias. De modo que los Estados tienen el deber de adecuar sus leyes de extranjería a los estándares fijados en el corpus iuris internacional aplicable.

En lo que respecta a la expulsión, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que una persona extranjera que “se halle legalmente” en el territorio de un Estado Parte en el Pacto solo podrá ser expulsada de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se le permitirá exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente y hacerse representar con tal fin ante ella. Hoy el concepto de seguridad nacional no puede entenderse disociado del concepto de seguridad humana, que plantea la seguridad en un marco de estricto respeto de los derechos humanos. A ello se agrega que la calificación de los migrantes como “ilegales”, además de ser contraproducente, no está respaldada por el Derecho Internacional, y hay que tener presente que aunque los migrantes que llegan al país de destino sin documentos pueden estar en una “situación irregular” no han cometido ningún delito; no cabe duda que “un ser humano no puede ser intrínsecamente ilegal, y calificar como tal a una persona la deshumaniza”¹³.

b) De acuerdo con la Declaración, queda prohibida la expulsión individual o colectiva de extranjeros por motivos de raza, color, religión, cultura, linaje u origen nacional o étnico (art. 7).

¹³Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2016), párrafo 31. A/71/285.

La permanencia de los extranjeros está sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas en el Derecho interno del país donde se encuentren. Quien ingresó como turista no puede quedarse más tiempo del fijado para permanecer en ese carácter y quien obtuvo residencia temporaria no debe prolongar su permanencia más allá del período por el que le fue concedida, salvo que solicite prórroga y le sea otorgada.

La Declaración de 1985 aclara que ninguna de sus disposiciones ha de interpretarse en el sentido de legitimar la entrada ni la presencia ilegales de un extranjero en cualquier Estado, o en el sentido de limitar el derecho de cualquier Estado a promulgar leyes y reglamentaciones relativas a la entrada de extranjeros, así como al plazo y a las condiciones de la permanencia en su territorio o a establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, pero tales normas no deberían ser incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados, en particular en la esfera de los derechos humanos. Por otro lado, la Declaración no menoscabará el goce de los derechos otorgados por la legislación nacional ni de los derechos que, con arreglo al Derecho Internacional, todo Estado está obligado a conceder a los extranjeros, incluso en los casos en que la Declaración no reconozca esos derechos o los reconozca en menor medida. Ahí vemos una aplicación del principio pro persona, piedra angular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los extranjeros observarán las leyes del Estado donde residen o se encuentran y demostrarán respeto por las costumbres y tradiciones del pueblo respectivo. Gozarán, en particular, de los derechos enumerados en el artículo 5.1; entre ellos el derecho a la vida y la seguridad personal; el derecho a la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad, la familia, el hogar o la correspondencia; el derecho a la igualdad ante los tribunales¹⁴ y el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete en las actuaciones penales; el derecho a elegir cónyuge, a casarse y a fundar una familia; el derecho a la libertad de pensamiento, de opinión, de conciencia y de religión; el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones, y el derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con arreglo a las reglamentaciones nacionales en la materia¹⁵.

También gozarán los extranjeros de libertad de expresión y del derecho a reunirse

¹⁴El artículo 18 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares asegura a estas personas iguales derechos que los nacionales ante los tribunales y las cortes de justicia.

¹⁵Según el artículo 32 de la Convención, los trabajadores migratorios y sus familiares, al terminar su permanencia en el Estado de empleo, tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros. Dichos trabajadores tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares, del Estado de empleo a su Estado de origen o a cualquier otro Estado (art. 47).

pacíficamente, así como del derecho a la propiedad, con sujeción a la legislación nacional. Con la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores a cargo de una persona extranjera que resida legalmente en el territorio de un Estado la acompañen, se reúnan y permanezcan con ella.

Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán, con arreglo a las leyes nacionales, del derecho a condiciones de trabajo saludables, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo de igual valor, garantizándose a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con igual salario por igual trabajo. Tendrán derecho a afiliarse a sindicatos y a participar en sus actividades¹⁶, junto con el derecho a protección sanitaria, atención médica, seguridad social, educación, descanso y esparcimiento, entre otros.

Una persona extranjera no será privada de sus bienes legítimamente adquiridos (art. 9) y tendrá libertad en cualquier momento para comunicarse con el consulado o la misión diplomática del Estado del que sea nacional o con el consulado o la misión diplomática de cualquier otro Estado al que se haya confiado la protección, en el Estado en que resida la persona, de los intereses del Estado del que sea nacional (art. 10).

7.12. Derecho interno argentino

a) La Ley de Migraciones¹⁷ reconoce el derecho a la migración como esencial e inalienable. “En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario”, debiendo las autoridades de los establecimientos educativos “brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria” (art. 7). Tampoco podrá negarse o restringirse el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o la atención sanitaria a todos los extranjeros que requieran tales prestaciones, cualquiera sea su situación migratoria, y las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán también brindar la orientación y el asesoramiento acerca de los trámites para subsanar la irregularidad migratoria (art. 8).

¹⁶Los artículos 25 y 26 de la Convención se refieren a los derechos laborales de los trabajadores migratorios y a sus derechos a participar en las reuniones y actividades de los sindicatos u otras asociaciones y a afiliarse libremente a cualquier sindicato o asociación. El derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo también está contemplado (art. 40).

¹⁷Ley 25.871, B.O., 21 de enero de 2004.

Estará garantizado por el Estado el derecho de reunificación familiar de la persona extranjera con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes, y se facilitará “la consulta o participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residen” (art. 11).

El Estado argentino cumplirá todo lo establecido en las convenciones internacionales que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes y hubiesen sido debidamente ratificadas (art. 12).

b) Los extranjeros serán admitidos para ingresar y permanecer en el país en tres categorías: residente permanente, residente temporario y residente transitorio. La Dirección Nacional de Migraciones podrá conceder una autorización de “residencia precaria”, que se extiende por ciento ochenta días corridos y puede renovarse hasta la resolución de la admisión solicitada.

Se considerará “residente permanente” a toda persona extranjera que tenga el propósito de establecerse definitivamente en el país y obtenga una admisión en ese carácter. Además, se consideran residentes permanentes los migrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres¹⁸. A los hijos de argentinos nativos o por opción que nacieren en un país extranjero se les reconoce también la condición de residentes permanentes.

La lista de personas que se consideran residentes temporarios incluye a los trabajadores migrantes, autorizados para permanecer en el país por tres años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples y con permiso para trabajar bajo relación de dependencia. También figuran los científicos y personal especializado, los deportistas y artistas, los religiosos de cultos reconocidos oficialmente, los pacientes bajo tratamiento médico, los académicos, los estudiantes, los asilados y refugiados¹⁹, entre otros. Del mismo modo son considerados residentes temporarios los ciudadanos nativos de Estados partes del Mercosur y Estados asociados, con autorización para permanecer en el país por dos años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples.

¹⁸La disposición n° 4880/2015, B.O. del 13 de octubre de 2015, reconoce, con efectos análogos al matrimonio, a la unión convivencial, con nacional argentino o con ciudadano extranjero radicado permanente o temporario en el país, inscripta en el registro que corresponda a la jurisdicción local (art. 1).

¹⁹Existen varias modalidades de asilo. De acuerdo con la Opinión Consultiva OC-25/18, de 30 de mayo de 2018, el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo el asilo bajo el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia.

Ingresan al país como residentes transitorios los turistas, los pasajeros en tránsito, los tripulantes del transporte internacional y los trabajadores migrantes estacionales, lo mismo que los académicos y las personas bajo tratamiento médico cuando el tiempo de su permanencia en el país no justifique su admisión como residentes temporarios. Quienes participan del tránsito vecinal fronterizo son también residentes transitorios, lo mismo que las personas que invoquen razones que justifique un tratamiento especial, como las condiciones humanitarias en su país de origen o las consecuencias de desastres naturales o ambientales.

c) El extranjero que ingrese a la Argentina por lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de control migratorio, será pasible de expulsión en los términos y condiciones de la ley (art. 37).

d) Los residentes permanentes podrán desarrollar toda tarea o actividad remunerada o lucrativa, por cuenta propia o bajo relación de dependencia y gozarán de la protección de las leyes respectivas. Los residentes temporarios solo podrán desarrollar esas tareas o actividades durante el período de su permanencia autorizada, mientras que los residentes transitorios no podrán realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o como dependientes, con excepción de los trabajadores migrantes estacionales, salvo que fueran expresamente autorizados por la autoridad migratoria de conformidad con lo dispuesto en la ley o en convenios migratorios suscriptos por el país. Los extranjeros con residencia precaria podrán ser habilitados para trabajar por el plazo y con las modalidades que establezca la autoridad migratoria.

e) Al constatar la irregularidad de la permanencia de una persona extranjera en el país, la Dirección Nacional de Migraciones la conminará a regularizar su situación en un plazo que no excederá de treinta días, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Y cabe disponer la cancelación de la residencia otorgada y la posterior expulsión en los supuestos contemplados en el artículo 62.

Las personas extranjeras no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y resuelto individualmente. La expulsión no menoscabará ninguno de los derechos que haya adquirido la persona de que se trate de conformidad con la legislación nacional, lo cual incluye el derecho a percibir los salarios y toda otra prestación a la que tuviere derecho. Por lo demás, dicha persona deberá contar con oportunidad razonable, aun después de la partida, para reclamar el pago de los salarios y otras prestaciones que le pudieren corresponder, así como para cumplir sus obligaciones pendientes. La expulsión lleva implícita la prohibición de reingreso en los términos del artículo 63, inciso b).

Firme y consentida la expulsión, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene, mediante resolución fundada, la retención de la persona a expulsar, al solo y único efecto de cumplir la medida de expulsión.

7.13. Pacto Mundial para la Migración Ordenada, Segura y Regular

El Pacto Mundial para la Migración Ordenada, Segura y Regular (2018), que la Asamblea General hizo suyo por resolución 73/195, subraya que si bien los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales, que deben respetarse, protegerse y cumplirse en todo momento, constituyen dos grupos distintos que se rigen por marcos jurídicos separados²⁰. “Solo los refugiados tienen derecho a una protección internacional específica, definida en el derecho internacional de los refugiados”. Tras esta afirmación, el texto aclara que el Pacto “se refiere a los migrantes y propone un marco de cooperación para abordar la migración en todas sus dimensiones” (párr. 4).

El Pacto Mundial presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente, basado en los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario (párr. 7).

“Es crucial que los desafíos y las oportunidades de la migración internacional sean algo que nos una, en lugar de dividirnos”, afirma el Pacto en otro párrafo, destacando además “que la migración es uno de los rasgos distintivos de nuestro mundo globalizado” y que vincula a las sociedades dentro de todas las regiones y también a nivel interregional.

El Pacto remarca que la migración no debería ser fruto de la desesperación, pero, cuando lo es, se impone cooperar para responder a las necesidades de los migrantes que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, asumiendo los desafíos correspondientes, y que hay que “empoderar a los migrantes para que se conviertan

²⁰Según las definiciones de los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas, “una persona migrante es alguien que se encuentra fuera del territorio del que es nacional, sin consideración de su situación migratoria, su intención y su temporalidad”. El término comprende también a las personas apátridas migrantes. “Refugiado” es la persona que califica como tal de acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 o la Declaración de Cartagena de 1984.

en miembros plenos de nuestras sociedades, destacar sus contribuciones positivas y promover la inclusión y la cohesión social” (párr. 13).

7.14. La protección de las personas nacionales en el extranjero

Todo Estado tiene la función básica de proteger a sus nacionales que se encuentran en el extranjero y en esta tarea tienen una importancia fundamental las misiones diplomáticas y las oficinas consulares.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961) establece que una de las funciones de una misión diplomática es proteger en el Estado receptor los intereses de los nacionales del Estado acreditante (art. 3.1.b), y en términos similares se expresa la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (art. 5.a).

7.15. La asistencia consular

El artículo 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares establece la función consular de “prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas”, junto con otras funciones de carácter específico.

Según el artículo 36.1.a de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos, así como estos deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y visitarlos. Además, si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor informarán sin retraso a la oficina consular competente cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva será transmitida sin demora (art. 36.1.b) y los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con esta persona y organizar su defensa ante los tribunales (art. 36.1.c). Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional que, en su circunscripción, se halle privado de su libertad en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares no intervendrán a favor del nacional detenido si este se opone expresamente a ello (art. 36.1.c).

Todas estas prerrogativas se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, “debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo”

(art. 36.2).

En el caso *LaGrand* (2001) y en el caso *Avena (México vs. Estados Unidos)*, la Corte Internacional de Justicia sentó posición con respecto a las obligaciones de los Estados en el marco del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares²¹.

La Corte IDH se ha pronunciado diciendo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, como el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos del Estado receptor, y que tal artículo está integrado a la normativa internacional de los derechos humanos. Ha dicho también que la expresión “sin dilación” utilizada en el artículo 36.1.b de la Convención significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos reconocidos en tal precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, aclarando que el derecho a la información sobre la asistencia consular permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precepto “que establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables”²². Por ello, la inobservancia del derecho reconocido en el artículo 36.1.b de dicha Convención afecta las garantías del debido proceso legal.

7.16. La protección diplomática

a) Según el proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática, esta consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica nacional del primer Estado, con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.

²¹La Asamblea General, mediante resolución 73/257, del 20 de diciembre de 2018, considerando que hasta ese momento no se habían llevado a cabo ni la revisión ni la reconsideración impuestas en el fallo del 31 de marzo de 2004, y que seis de las personas afectadas fueron ejecutadas, en clara violación de la decisión de la Corte, pidió urgentemente que se cumpliera el fallo en cuestión, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas

²²Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párrs. 106 y 124.

Como dijo la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavrommatis* (1924), al asumir la causa de uno de sus súbditos y poner en marcha, en su nombre, una acción diplomática o una acción judicial internacional, “un Estado hace valer, en realidad, su propio derecho, el derecho a que se respeten las normas de Derecho Internacional en la persona de sus súbditos”²³. A su turno, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction* (1970), remarcó que “un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida que le parezca necesario, pues es su propio derecho el que hace valer”²⁴.

El Estado con derecho a ejercer la protección diplomática es el Estado de la nacionalidad (art. 5), pero un Estado puede ejercer tal protección con respecto a una persona apátrida que tenga residencia legal y habitual en su territorio en la fecha en que se produjo el perjuicio, así como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Además, un Estado podrá ejercer la protección diplomática con respecto a una persona a la que reconozca la calidad de refugiado, cuando esa persona tenga residencia legal y habitual en ese Estado en la fecha en que se produjo el perjuicio y en la de la presentación oficial de la reclamación, pero esta solución no se aplicará cuando el perjuicio haya sido causado por el Estado de la nacionalidad del refugiado.

Todo Estado del que sea nacional una persona que posea doble o múltiple nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática con respecto a esa persona frente a un Estado del que esta no sea nacional. Es posible, además, que dos o más Estados ejerzan conjuntamente la protección si la persona perjudicada es nacional de cada uno de ellos. Ahora bien, un Estado de la nacionalidad no podrá ejercer la protección diplomática frente a otro Estado del que la persona afectada sea también nacional, salvo que la nacionalidad del primer Estado sea predominante tanto en la fecha del perjuicio como en la fecha de la presentación oficial de la reclamación. Todas estas reglas aparecen en el proyecto de la CDI.

La restante condición a la que está sujeta la protección es el agotamiento de los recursos internos. Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón del perjuicio causado a uno de sus nacionales o a una de las otras personas en cuyo nombre puede actuar antes de que la persona perjudicada haya agotado los recursos internos, es decir, los recursos legales que puede interponer ante los tribunales u órganos, sean estos judiciales o administrativos, ordinarios o especiales, del Estado cuya responsabilidad se invoca. Sin embargo, hay excepciones a la regla del agotamiento de los recursos internos cuando: a) no haya razonablemente disponibles

²³CPJI, Serie A, n 2, p. 12.

²⁴CIJ, *Recueil*, 1970, p. 44.

recursos que provean una reparación efectiva o no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación; b) exista dilación indebida en la tramitación de un recurso, atribuible al Estado cuya responsabilidad se invoca; c) no exista en la fecha en que se produjo el perjuicio un vínculo pertinente entre la persona perjudicada y el Estado cuya responsabilidad se invoca. Esta excepción se presenta, por ejemplo, si el hecho internacionalmente ilícito no fue cometido en el territorio del Estado al que se reclama; d) la persona perjudicada esté manifiestamente impedida de interponer los recursos internos. Esto ocurriría si a tal persona el Estado cuya responsabilidad se invoca le impide el ingreso a su territorio; e) el Estado reclamado haya renunciado al requisito del agotamiento de los recursos internos²⁵.

b) Por otro lado, hay que recordar la “cláusula Calvo” (llamada así por Carlos Calvo, el jurista argentino que la propuso), a cuyo tenor al contratarse con sociedades extranjeras se acuerda que las controversias que surgieren serán sometidas a los tribunales del Estado contratante, renunciando esas sociedades a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad.

c) ¿Es posible renunciar a la protección diplomática? En contra de tal posibilidad, se sostiene que un particular no puede renunciar a un derecho que no le pertenece, porque es un derecho del Estado. En cambio, los que sostienen la validez de la renuncia argumentan que no se puede ejercer la protección diplomática contra la voluntad de la persona perjudicada, recordando además que el particular no renuncia a la protección diplomática sino a la solicitud de su ejercicio. Sin embargo, este argumento pasa por alto que el Estado puede ejercer esa protección por propia iniciativa.

La cuestión ha perdido relevancia desde que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Washington, 1965) ha producido un verdadero desplazamiento de la institución de la protección diplomática a favor del arbitraje. Establece un procedimiento de conciliación y arbitraje en caso de controversias en materia de inversiones entre Estados y personas naturales o jurídicas extranjeras, en cuyo marco el Estado de la nacionalidad de un particular que sea parte en un contrato sometido al régimen del Convenio solamente ejercerá la protección diplomática si el Estado reclamado no

²⁵Por ejemplo, el artículo 11.1 del Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales (1972) dispone que para presentar a un Estado de lanzamiento una reclamación de indemnización por daños al amparo del Convenio no será necesario haber agotado los recursos locales de que puedan disponer el Estado demandante o las personas físicas o morales que éste represente.

cumple el laudo²⁶.

Por lo demás, en nuestros días los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) son tratados bilaterales que facultan a los particulares a presentar por sí mismos reclamaciones internacionales, dejando de lado la solicitud de protección diplomática al Estado de su nacionalidad.

Regresar al Sumario

²⁶Artículo 27 del Convenio. Dicho instrumento, elaborado por el Banco Mundial, entró en vigor en 1966. De acuerdo con el Convenio, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) brinda servicios para la conciliación y el arbitraje en materia de controversias entre Estados y particulares de otros Estados.

8. Libre determinación de los pueblos y cuestiones relativas a ciertos territorios

8.1. La libre determinación de los pueblos

Tanto en el artículo 1.2 como en el artículo 55, la Carta hace referencia al principio de la libre determinación de los pueblos, en cuyo respeto basa las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones. Sin embargo, el artículo 2 de la Carta, al enumerar los principios que rigen las relaciones internacionales, no incluye el de libre determinación de los pueblos.

De acuerdo con la Declaración de Principios de Derecho Internacional, todo Estado debe promover, de manera individual o mediante acción conjunta, la aplicación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y tiene el deber de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones encomendadas por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio para “poner rápidamente fin al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate”.

En su opinión consultiva sobre *Las consecuencias legales de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, la Corte Internacional de Justicia ha señalado: “Desde que el respeto del derecho de libre determinación es una obligación *erga omnes*, todos los Estados tienen un interés legal en proteger ese derecho”. Así como corresponde a la Asamblea General pronunciarse sobre las modalidades requeridas para asegurar que se complete la descolonización de Mauricio, “todos los Estados Miembros deben cooperar con las Naciones Unidas para poner esas modalidades en efecto”, como se recuerda en la Declaración de 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 Unidas¹.

¹CIJ, opinión consultiva sobre *Las consecuencias legales de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965*, 25 de febrero de 2019, párr. 180.

8.2. La resolución 1514 (XV)

Reconociendo “el apasionado deseo de libertad que abrigan todos los pueblos dependientes” y su papel decisivo en el logro de su independencia, así como el deseo ardiente de los pueblos del mundo de que se ponga fin al colonialismo, según consta en el preámbulo de la resolución 1514 (XV), la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 14 de diciembre de 1960 la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, contenida en dicha resolución.

La *Carta Magna de la Descolonización*, denominación con que también se la conoce, señala que “la sujeción de pueblos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales”.

Proclama asimismo que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en cuya virtud “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

También remarca que la falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no debe servir de pretexto para retrasar la independencia. La resolución 1541 (XV), adoptada el 15 de diciembre de 1960, precisa a qué territorios se refiere la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e) del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, diciendo que “existe a primera vista la obligación de transmitir información respecto de un territorio que está separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos y culturales”. Según otro principio consagrado en esa resolución, puede considerarse que un territorio no autónomo ha alcanzado la plenitud del gobierno propio cuando pasa a ser un Estado independiente y soberano, cuando establece una libre asociación con un Estado independiente o cuando se integra a un Estado independiente².

En 1961, la resolución 1654 (XVI) creó un Comité Especial para examinar la cuestión de la aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales y formular recomendaciones sobre los progresos alcanzados, entre otras funciones.

²Principio VI contenido en la resolución 1541 (XV) titulada “Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir información que se pide en el inciso e) del artículo 73 de la Carta”.

8.3. La libre determinación de los pueblos en los Pactos de 1966

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen, en su artículo 1, el derecho de libre determinación que tienen todos los pueblos, definiéndolo como un derecho en virtud del cual los pueblos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Junto con ello, se reconoce el derecho de todos los pueblos a “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”, afirmándose además que “en ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia” (art. 1.2).

Los Estados partes, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos, deben promover el ejercicio del derecho de libre determinación y respetarlo “de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

Los Pactos sobre Derechos Humanos han completado el ciclo de evolución de la libre determinación: a) en la Carta de las Naciones Unidas se consagra como un principio relacionado con uno de los propósitos de la Organización (el de fomentar entre las naciones relaciones de amistad); b) en las resoluciones que la Asamblea General adoptó sobre la cuestión en 1960 adquiere también entidad de derecho de los pueblos; c) en los Pactos es un derecho humano colectivo estrechamente vinculado con otro derecho colectivo, el de disponer de las riquezas y recursos naturales, y con los derechos esenciales de la persona humana.

8.4. Formas de ejercicio del derecho de libre determinación

La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional subraya el deber que todo Estado tiene de promover, mediante acción conjunta o individual, la libre determinación de los pueblos y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en la materia con el propósito de “poner fin rápidamente al colonialismo”.

Y en cuanto a las formas de ejercicio de tal derecho, incorpora una nueva en relación con las previstas en la resolución 1541 (XV). Es una modalidad de carácter abierto que consiste en “la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo”.

De esto resulta, entonces, que las formas de ejercicio del derecho de libre

determinación de los pueblos son cuatro: a) el establecimiento de un Estado soberano e independiente; b) la asociación con un Estado independiente; c) la integración con un Estado independiente, y d) la adquisición de cualquier otra condición política.

En la mayoría de los casos la forma elegida ha sido la primera, es decir, la opción por la independencia. Un caso de integración con otro Estado es el de Nueva Guinea Occidental, integrada a Indonesia en 1969.

8.5. La libre determinación de los pueblos y la integridad territorial

Todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho a la libre determinación y a la libertad y la independencia. En los actos que lleven a cabo y en la resistencia que opongan a esas medidas de fuerza con el fin de ejercer su derecho a la libre determinación, los pueblos respectivos pueden pedir y recibir apoyo “de conformidad con los propósitos y principios de la Carta”.

El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, que “existirá hasta que el pueblo de la colonia o el territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación de conformidad con la Carta y, en particular, con sus propósitos y principios”.

La Declaración de Principios de Derecho Internacional también expresa que ninguna de esas disposiciones ha de entenderse en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de acuerdo con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y, por lo tanto, estén dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color³.

Vinuesa (1985) apunta que “la integridad territorial se aplica como excepción a la descolonización por autodeterminación cuando existe un Estado con un derecho de soberanía preexistente al momento de la colonización” (p. 28). Tal es el caso de la Argentina respecto de Malvinas.

³La resolución 1514 (XV) también dispone que “todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

8.6. El alcance de la libre determinación

De acuerdo con la práctica de las Naciones Unidas, el derecho de libre determinación no se extiende a poblaciones sobrevinidas en territorios no autónomos que al momento del hecho colonial carecían de población autóctona o estaban prácticamente deshabitados, porque si la población “importada” por la propia potencia colonial pudiera decidir el destino político del territorio convertido en colonia se perpetuaría el colonialismo en vez de avanzar hacia su eliminación (Remiro Brotóns et al., 2010).

En lo que hace al papel de los isleños, Argentina siempre ha reconocido la necesidad de respetar sus intereses, rechazando la pretensión de consultar sus deseos porque se trata de un territorio ocupado ilegalmente y la población es trasplantada. Pocas personas tienen más de una generación en el lugar, más de la mitad de los habitantes ha nacido en otros territorios (Lanús, 2016, 350). Ya lo decía Ruda hace décadas, en el discurso pronunciado ante el Comité Especial de Descolonización de las Naciones Unidas el 9 de septiembre de 1964⁴.

8.7. Realización universal del derecho de los pueblos a la libre determinación

Mediante la resolución 75/173, de 16 de diciembre de 2020, la Asamblea General ha reafirmado que la realización universal del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, incluidos los sometidos a dominación colonial, extranjera y externa, es un requisito fundamental para que se garanticen y respeten efectivamente los derechos humanos, declarando su firme oposición “a los actos de intervención, agresión y ocupación militar extranjera que, en algunas partes del mundo, han conculcado el derecho de los pueblos a la libre determinación y otros derechos humanos”.

En la misma resolución, la Asamblea General exhorta a los Estados responsables de esos actos a que pongan fin de inmediato a su intervención militar y su ocupación de países y territorios extranjeros, así como a todo acto de represión, discriminación, explotación y maltrato, en particular a los métodos brutales e inhumanos que presuntamente se emplean contra los pueblos afectados, deplorando “la difícil situación de los millones de refugiados y desplazados que se han visto obligados a abandonar sus hogares como resultado de los actos mencionados”, y reafirmando “que tienen derecho a regresar voluntariamente a ellos en condiciones seguras y con

⁴Doc. A/AC. 109/SC. 4/S.R. 25.

dignidad”.

La resolución reitera los términos de resoluciones anteriores⁵, y en todas ellas la Asamblea General solicita al Consejo de Derechos Humanos que siga prestando especial atención a las violaciones de los derechos humanos, especialmente del derecho a la libre determinación, que resultan de la intervención, agresión u ocupación militar extranjera.

8.8. Territorios no autónomos y territorios ocupados

La Carta de las Naciones Unidas se refiere a los territorios no autónomos “cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio” (art. 73). En el Capítulo XI, bajo el título de Declaración relativa a territorios no autónomos, se remarca que los Estados miembros de las Naciones Unidas que administren dichos territorios reconocen que los intereses de quienes habitan allí “están por encima de todo” y aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible el bienestar de los habitantes de esos territorios.

De los 17 territorios no autónomos que quedan, 10 tienen al Reino Unido como potencia administradora, y los restantes son administrados por Estados Unidos, Francia y Nueva Zelanda⁶.

La Carta también instituyó, en su Capítulo XII, un régimen internacional de administración fiduciaria aplicable a los territorios que en 1945 estaban todavía sometidos al régimen de mandatos establecido por la Sociedad de Naciones, así como a los territorios que, como resultado de la Segunda Guerra Mundial, fueron segregados de los Estados vencidos, y a los territorios colocados voluntariamente bajo ese régimen por los Estados responsables de su administración. El objetivo básico del régimen era promover el adelanto político, económico, social y educativo de los habitantes de los territorios fideicometidos, así como su desarrollo progresivo hacia el gobierno propio o la independencia, “teniéndose en cuenta las circunstancias particulares de cada territorio y de sus pueblos y los deseos libremente expresados de los pueblos interesados, y según se dispusiere en cada acuerdo sobre administración fiduciaria” (art. 76.b). Todos los territorios fideicometidos se han convertido en

⁵Como la resolución 72/159, de 19 de diciembre de 2017, la resolución 73/160, de 17 de diciembre de 2018, y la resolución 74/170, de 18 de diciembre de 2019.

⁶La lista es la siguiente: Sahara Occidental, Anguila, Bermudas, Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Islas Malvinas, Montserrat, Santa Elena, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Gibraltar, Samoa Americana, Polinesia Francesa, Guam, Nueva Caledonia, Pitcairn y Tokelau.

Estados independientes o se han asociado libremente a un Estado independiente. El último en hacerlo fue Palau⁷.

La libre determinación de los pueblos resulta también afectada por la ocupación extranjera. La resolución 76/150, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2021, “afirmando el derecho de todos los Estados de la región a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas internacionalmente”, reafirma el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, “incluido su derecho a un Estado de Palestina independiente”, e insta a todos los Estados y a los organismos especializados y las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas a que sigan prestando apoyo y asistencia a dicho pueblo para la pronta realización de su derecho a la libre determinación.

El pueblo del Sáhara Occidental, cuyo territorio se encuentra ocupado en su mayor parte por Marruecos, no puede ejercer su derecho a la libre determinación pese a que la Asamblea General ha reafirmado nuevamente en 2021, mediante resolución 76/89, la responsabilidad de las Naciones Unidas hacia dicho pueblo, en el marco del “derecho inalienable de todos los pueblos a la libre determinación y a la independencia”, y a que el Consejo de Seguridad, en su resolución 2602 (2021), ha seguido el mismo camino al reafirmar su compromiso de ayudar a las partes a alcanzar una solución que prevea la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Mientras tanto, la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO) sigue sin poder cumplir su mandato.

8.9. La cuestión Malvinas: antecedentes

El 3 de enero de 1833, Gran Bretaña tomó posesión de las Malvinas por intermedio del capitán Onslow, que había llegado al archipiélago a bordo de la corbeta *Clio* y contando con el apoyo de otro buque de guerra, el *Tyne*. “La flota británica desalojó bajo la amenaza de sus cañones una población argentina pacífica y activa que ejercía los legítimos derechos que a la República Argentina le correspondían en su carácter de heredera de España”, recordó José María Ruda en 1964 ante el Comité Especial de Descolonización. El Alegato Ruda ilustra con claridad los antecedentes: “Los ingleses jamás habían poseído efectivamente la totalidad del Archipiélago de Malvinas, antes de 1833”. Solo fundaron en 1765 el fuerte de Puerto Egmont. En 1774 lo abandonaron voluntariamente “y recién 59 años más tarde se presentaron para desalojar, en forma

⁷En 1994, el Consejo de Seguridad dio por concluido el Acuerdo de Administración Fiduciaria sobre ese territorio. En un plebiscito realizado en 1993, el pueblo de Palau optó por la libre asociación con Estados Unidos.

violenta, a la población argentina, estableciendo así su único título”.

El marino francés Louis Antoine de Bougainville, que había partido de Saint Malo, desembarcó el 2 de febrero de 1764 en una de las dos islas más grandes del archipiélago, fundando Port Louis. Llamó al territorio *Illes Malouines*, por aquel puerto, lugar de procedencia de quienes formaban parte de la expedición. España protestó, obteniendo el reconocimiento de sus derechos. Se procedió entonces a la entrega de Port Louis y los españoles quedaron en el lugar, cambiando su nombre por el de Puerto Soledad. En el momento del traspaso del establecimiento de Puerto Luis, los ingleses permanecieron silenciosos y no hicieron ninguna reserva de su supuesta soberanía. España dirigió luego su atención a Puerto Egmont, desalojando por la fuerza a la guarnición británica. Gran Bretaña reclamó y España restituyó Puerto Egmont al *statu quo ante*, pero sin resignar en absoluto sus derechos sobre las Malvinas.

Al retirarse, los ingleses dejaron una placa de plomo que decía que la Isla de Falkland con su puerto pertenecía a Jorge III. Tal posesivo singular (Falkland's Island) demuestra, unido a la aceptación británica de la posesión española de Puerto Soledad, que las pretensiones inglesas estuvieron limitadas, en la época en que estuvieron en Puerto Egmont, a este establecimiento exclusivamente y no a todo el archipiélago.

Las Provincias Unidas tomaron posesión efectiva de las Malvinas en 1820, enviando la fragata *La Heroína*. En ningún momento Inglaterra objetó el establecimiento argentino en las Islas Malvinas, habiéndose realizado actos jurídicos sumamente importantes entre las dos partes, como la firma del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de febrero de 1825.

Cuando el Gobierno de Buenos Aires creó la comandancia política y militar de las Malvinas en 1829, con sede en Puerto Soledad, la expansión en el Atlántico Sur se había convertido en un asunto prioritario para Gran Bretaña, por razones estratégicas e intereses comerciales. El 10 de noviembre de 1829 formuló una reclamación señalando que el Gobierno de Buenos Aires había asumido “una autoridad incompatible con los derechos de soberanía de Su Majestad sobre las islas”. Todos los antecedentes mencionados aquí fueron expuestos por el jefe de la delegación argentina ante el Comité de Descolonización en su recordada intervención.

Tras los reclamos formulados en enero de 1833, el 24 de abril de ese año el representante argentino en Londres, Manuel Moreno, presentó una nota de protesta ante el Gobierno de Su Majestad Británica, que reiteró el 17 de junio. Gran Bretaña rechazó la protesta el 8 de enero de 1834, con argumentos (descubrimiento y

subsiguiente ocupación de las islas) que, a su vez, fueron rechazados a fines de diciembre de ese año.

Nuestro país presentó otras notas de protesta en 1841 y 1842. También lo hizo en 1849 y desde ese momento hubo un *impasse* hasta 1884. El nuevo punto de discordia fue un mapa publicado en nuestro país, que incluía las islas como territorio argentino (Dolzer, 1992). Ante la protesta británica, el canciller Ortíz envió una nota, el 2 de enero de 1885, señalando que esa inclusión no modificaba en nada el estado en que se han considerado siempre las Malvinas. En la misma nota, el firmante proponía que la discusión fuera nuevamente abierta y resuelta por medios amistosos. Gran Bretaña respondió que la discusión estaba cerrada y que no podía consentir que se reabra el asunto. En 1888 Argentina insistió con su propuesta de arreglo mediante un tribunal arbitral. La siguiente nota de protesta fue presentada dos décadas después.

Si bien Argentina no presentó ninguna protesta en el período 1849-1884 y desde 1888 hasta 1908, al examinar esta cuestión se advierte que en su protesta de 1849 dejó expresa constancia de su decisión de no continuar con las protestas porque el gobierno británico no prestaba atención a ellas, pero al mismo tiempo afirmó que los derechos argentinos continuaban vigentes. Ha de considerarse, además, que en 1884 Argentina ofreció formalmente recurrir al arbitraje, ofrecimiento que reiteró en los años siguientes. “Desde ese ofrecimiento, Gran Bretaña quedó de nuevo en falta frente al derecho internacional, sin poder prescribir” (Ferrer Vieyra, 1984, p. 229). Por lo demás, podría entenderse que Gran Bretaña incurrió en aquiescencia cuando se mantuvo en silencio hasta 1829 luego que las Provincias Unidas del Río de la Plata ocuparon de manera efectiva las islas desde 1820 como Estado sucesor de España (González Napolitano, 2015, p. 432). Hay que tener en cuenta también que en 1823 aquel país reconoció a las Provincias Unidas como Estado.

Volviendo a los actos de protesta argentinos, en 1919 se registró uno más, en relación con un acuerdo sobre comunicación radial internacional, y hubo otra protesta en 1925, lo mismo que en 1933, en ocasión de la emisión por parte de Gran Bretaña de estampillas conmemorativas de los cien años de su presencia en el archipiélago (Dolzer, 1992, p. 142).

En 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 66/1, en la que, entre otras cosas, tomó nota de que el Gobierno del Reino Unido había declarado su intención de transmitir información, en los términos del apartado e) del artículo 73 de la Carta, sobre las Islas Falkland. Argentina hizo la salvedad de que no reconocía la soberanía británica en dicho territorio, actitud que ha reiterado a lo largo del tiempo.

8.10. Las resoluciones de las Naciones Unidas sobre la cuestión Malvinas

El 15 de diciembre de 1965 la Asamblea General aprobó la resolución 2065 (XX), tomando nota de la existencia de una disputa entre los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte acerca de la soberanía sobre las Islas Malvinas (Falkland Islands) e invitando a ambos Gobiernos a proseguir sin demora las negociaciones recomendadas por el Comité Especial de Descolonización “a fin de encontrar una solución pacífica al problema”, teniendo en cuenta las disposiciones y objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y de la resolución 1514 (XV), así como los intereses de la población de las Islas Malvinas.

Al decir la resolución que las negociaciones deben tener en cuenta los intereses de los isleños, la pretensión británica de incorporar en el texto el término “deseos” quedó desestimada. No cabe entonces invocar el derecho de libre determinación.

Tampoco pueden intervenir los malvinenses en las negociaciones, pues la resolución ratifica la existencia de una controversia que involucra exclusivamente a dos Estados soberanos y reubica el conflicto como una disputa de soberanía, por lo que su solución pasa por determinar cuál de esos Estados tiene un mejor título (González Napolitano, 2015, p. 443).

Algunos años después, el 14 de diciembre de 1973, la Asamblea General adoptó la resolución 3160 (XXVIII). Gravemente preocupada por el hecho de que habían transcurrido ocho años desde la adopción de la resolución 2065 (XX) sin progresos sustanciales en las negociaciones, y reconociendo los continuos esfuerzos de la Argentina en pos de la solución pacífica del conflicto, la Asamblea declara la necesidad de que se aceleren las negociaciones previstas en esa resolución, instando en consecuencia a ambos Gobiernos a proseguir sin demora las negociaciones para poner término a la situación colonial. Una vez más no queda resquicio alguno para la autodeterminación de los isleños, porque si bien la resolución habla de proceso de descolonización y de poner término a la situación colonial reitera que la manera de poner fin a dicha situación es la solución pacífica del conflicto de soberanía.

La resolución 31/49, adoptada por la Asamblea General el 1 de diciembre de 1976, pide a los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido que aceleren las negociaciones relativas a la controversia e insta a las partes a que se abstengan de adoptar decisiones que impliquen modificaciones unilaterales en la situación mientras las Islas Malvinas están atravesando por el proceso recomendado en las resoluciones 2065 (XX) y 3160 (XXVIII). Hay que recordar que las misiones enviadas por el

Reino Unido para investigar la existencia de recursos en la zona anticipaban la posibilidad de decisiones unilaterales. Una de ellas, la misión *Shackleton*, se tradujo en un informe, conocido en 1976, que indicaba que una inmensa riqueza en gas y petróleo podría ocultarse alrededor de las Malvinas.

Tras el conflicto armado de 1982, la Asamblea General adoptó, el 4 de noviembre de 1982, la resolución 37/9, en la que, tomando en cuenta la cesación de hecho de las hostilidades en el Atlántico Sur y la intención de no reanudarlas, manifestada por las partes, pedía a ambos Gobiernos que reanudaran las negociaciones a fin de encontrar a la mayor brevedad una solución pacífica a la disputa de soberanía y al Secretario General que emprendiera una misión renovada de buenos oficios para asistir a las partes, adoptando a tal efecto las medidas apropiadas⁸. En la resolución la Asamblea General se manifiesta consciente de que el mantenimiento de situaciones coloniales es incompatible con la idea de paz universal.

En 1983 y 1984, las resoluciones 38/12 y 39/6 reiteraron el pedido de la Asamblea General de reanudar las negociaciones para encontrar una solución pacífica a la disputa de soberanía, agregando la última de ellas que por la misma vía debían resolverse las restantes diferencias referidas a la cuestión de las Malvinas. En el período 1985/1988, las resoluciones 40/21, 41/40, 42/19 y 43/25 insistieron con el pedido, pero hablando de iniciar negociaciones con miras a resolver pacífica y definitivamente los problemas pendientes, incluyendo todos los aspectos sobre el futuro de las Islas Malvinas, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas.

Merece especial atención la labor del Comité Especial de Descolonización, que cada año, desde 1983, aprueba una resolución de similar tenor al de las resoluciones que la Asamblea General ha adoptado sobre la cuestión⁹.

8.11. La cuestión Malvinas en etapas posteriores

a) El retorno a la democracia en 1983 no hizo que cambiara la percepción británica de las intenciones argentinas en el Atlántico Sur. Desde mediados del año anterior, el conflicto armado fue el pretexto del que Londres se valió para dudar de la vocación pacifista de nuestro país. Hubo una reunión bilateral en Berna, Suiza, en 1984, pero las partes no lograron acordar la manera en que debía negociarse el problema de la

⁸El 4 de noviembre de 2022 el Consejo Nacional de Asuntos relativos a las islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes adoptó una declaración con motivo del 40° aniversario de la adopción de la resolución 37/9. Véase Información para la Prensa N° 604/22.

⁹El 1 de septiembre de 1983 el Comité adoptó la resolución A/AC 109/756

soberanía. Las relaciones consulares a nivel de consulados generales se restablecieron tras la firma de la Declaración Conjunta del 19 de octubre de 1989 y las relaciones diplomáticas luego de la Declaración Conjunta del 15 de febrero de 1990. En el punto 2 de la primera Declaración Conjunta consta la fórmula “del paraguas de soberanía”, según la cual nada de lo acordado en la reunión de Madrid, que tuvo lugar del 17 al 19 de octubre de 1989, o de lo que se acordase en cualquier otra reunión similar en el futuro se interpretaría como un cambio en la posición de cada una de las partes acerca de la soberanía o jurisdicción territorial y marítima sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes.

También en 1990 se firmaron la Declaración Conjunta sobre Conservación de Recursos Pesqueros y el Convenio para la promoción y la protección de las inversiones. En Nueva York, el 25 de septiembre de 1995, ambas delegaciones firmaron la Declaración Conjunta de Cooperación sobre Actividades Costa Afuera en el Atlántico Sudoccidental, que la Argentina dio por terminada en 2007 invocando que el Reino Unido realizó actos unilaterales contrarios a esa Declaración e incompatibles con la resolución 31/49 de la Asamblea General. El Entendimiento sobre Remoción de Minas (2001) ha sido de particular importancia para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención sobre Prohibición de las Minas Antipersonal (Convención de Ottawa). Al entrar en vigor el Tratado de Lisboa en 2009, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (denominado a partir de entonces Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), Argentina rechazó la inclusión de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y del territorio antártico británico (que coincide en parte con el territorio antártico reclamado por Argentina) en la lista de territorios de ultramar a los que se aplican las disposiciones de la Cuarta Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

b) En la segunda década de este siglo, diversos acontecimientos no pueden dejar de considerarse: 1) a principios de la década, la decisión unilateral británica de autorizar la instalación de una plataforma de exploración de petróleo en el mar, al norte de las islas, en violación de la resolución 31/49 de la Asamblea General; 2) la militarización del Atlántico Sur; 3) el referéndum realizado el 11 de marzo de 2013, organizado por el Gobierno de Gran Bretaña para consultar a los habitantes de las Malvinas si deseaban que el archipiélago mantuviera su estatus de territorio británico de ultramar, en el que prácticamente el 100 % de la población votó por el “sí”.

El referéndum no es válido, porque la población malvinense no es pueblo autóctono, como se ha dicho más arriba, y, por ende, carece del derecho de libre determinación.

De todos modos, la decisión de realizarlo revela, una vez más, la estrategia británica: sostener que los isleños tienen ese derecho y defender tal postura en todos los ámbitos. Es también una manera de no sentarse a negociar la soberanía con los argentinos. Tan firme defensa del derecho a la autodeterminación de los malvinenses no se compadece con la actitud asumida por el Reino Unido en otros casos en los que ha estado en juego el mismo derecho¹⁰.

c) En diciembre de 2016 Argentina y el Reino Unido firmaron un acuerdo para llevar a cabo tareas de identificación de restos de soldados argentinos sepultados en el cementerio de Darwin, delegando en el Comité Internacional de la Cruz Roja la coordinación. En junio de 2017 un equipo integrado por 12 especialistas forenses, entre ellos tres del Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF) comenzó las tareas respectivas. En casi dos meses de trabajo fueron exhumados, analizados y vueltos a inhumar restos de 121 sepulturas, y en diciembre de ese año el CICR entregó los primeros resultados de la labor realizada, que se tradujo en 90 identificaciones positivas. En marzo de 2018, con el viaje de los familiares de los soldados identificados a las Islas Malvinas concluyó el Proyecto Plan Humanitario. Luego, familiares de otros combatientes entregaron muestras que fueron comparadas con la de los restos óseos, y esto hizo posible que a marzo de 2020 hubiera 115 soldados identificados, restando solo identificar a siete. En 2021 se firmó un nuevo acuerdo entre Argentina y el Reino Unido en la sede del CICR en Ginebra, Suiza, para identificar restos de soldados argentinos sepultados en una tumba múltiple en aquel cementerio. La iniciativa humanitaria que ha permitido identificar a tantos que habían sido sepultados como “soldado argentino solo conocido por Dios” comenzó a gestarse en 2012 y es de destacar la política de Estado que mantuvo Argentina desde entonces hasta el presente.

d) En la LVII Cumbre de Jefes de Estado del Mercosur, el 16 de diciembre de 2020, los Estados partes y Estados Asociados del bloque emitieron un Comunicado Conjunto reafirmando los términos de la Declaración de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de junio de 1996, adoptada en Potrero de los Funes y denominada Declaración de las Malvinas, y reiterando su apoyo a los legítimos derechos de la República Argentina en la disputa de soberanía de que se trata. Asimismo, reafirmaron el interés regional en que la prolongada disputa de soberanía entre Argentina y el Reino Unido sobre las Malvinas, Georgias del Sur y

¹⁰El 17 de mayo de 2013 la Asamblea General adoptó la resolución 67/265, en la que afirma el derecho inalienable del pueblo de la Polinesia Francesa a la libre determinación. Argentina votó a favor y Gran Bretaña en contra, lo que revela el doble estándar británico en materia de libre determinación.

Sandwich del Sur y los espacios marítimos circundantes alcance, cuanto antes, una solución de conformidad con las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas y las declaraciones de la OEA, del Mercosur y de otros foros regionales y multilaterales.

f) En marzo de 2021, el primer ministro británico anunció que su país mantendrá una presencia militar permanente en las Malvinas. Ante ello, nuestro país invocó la resolución 41/11, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 27 de octubre de 1986 declarando el Océano Atlántico, en la región situada entre África y América del Sur, como “Zona de paz y cooperación del Atlántico Sur” y exhortando a “todos los Estados de todas las demás regiones, en especial a los Estados militarmente importantes, a que respeten escrupulosamente la región del Atlántico Sur como zona de paz y cooperación”, particularmente mediante la reducción y eventual eliminación de su presencia militar en dicha región, la no introducción de armas nucleares o de otras armas de destrucción masiva y la no extensión a la región de rivalidades y conflictos ajenos a ella. En enero de 2022 hubo declaraciones fuera de tono del secretario de Defensa británico que la Cancillería argentina rechazó mediante un comunicado.

g) El 21 de julio de 2022 los jefes de Estado de los Estados partes del Mercosur y Estados asociados reafirmaron los términos de la Declaración de los Presidentes de 1996, denominada Declaración sobre Malvinas, y reiteraron su respaldo a los legítimos derechos de la República Argentina en la disputa de soberanía relativa a la cuestión de las Islas Malvinas. Destacaron, asimismo, que la adopción de medidas unilaterales, incluyendo la exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables del área en controversia no es compatible con lo acordado en las Naciones Unidas, y reconocieron el derecho que le asiste a la Argentina a promover acciones legales, con pleno respeto al Derecho Internacional, contra las actividades no autorizadas en cuestión. Finalmente, reiteraron el interés regional en la solución de la prolongada disputa de soberanía¹¹.

h) El 7 de octubre de 2022 la Asamblea General de la OEA, reunida en Lima, aprobó la Declaración sobre la cuestión de las Islas Malvinas expresando el firme apoyo de los Estados americanos a los legítimos derechos de la Argentina sobre dicho territorio.

Regresar al Sumario

¹¹Párrafos 39 a 41 del Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados.

9. El territorio estatal y la adquisición de la soberanía territorial

9.1. Concepto de territorio

No hay Estado sin territorio terrestre. En cambio, hay Estados sin litoral, es decir, sin acceso al mar. El concepto de territorio del Estado está relacionado con el de soberanía territorial, porque dar una definición del primero “implica, en cierta medida, definir también esta última, independientemente de la tesis que se afirme” (Barberis, 2000, p. 69).

Para Kelsen (1934) el territorio es “el espacio al que se limita la validez del orden jurídico del Estado” (p. 183), pero esta definición no toma en cuenta que las leyes pueden tener aplicación fuera del territorio del Estado y en ciertos casos producen efectos extraterritoriales (Jiménez de Aréchaga, 1980).

La concepción del territorio como el ámbito de validez espacial del orden jurídico estatal goza de aceptación en la doctrina y aparece también en decisiones arbitrales. Así, la sentencia relativa al conflicto por Laguna del Desierto entre Argentina y Chile, de 13 de octubre de 1995, dice: “Un límite internacional consiste en la línea de contacto de los ámbitos espaciales de validez de dos órdenes jurídicos estatales” (párr. 59).

Además de la concepción del territorio como el ámbito de validez espacial del orden jurídico estatal, existen otras miradas (Barberis, 2000). Una de ellas plantea que el Estado ejerce sobre el territorio un derecho semejante al que tiene el propietario sobre una cosa. Esta posición se ve reflejada en el Tratado de Límites entre Argentina y Chile, cuyo artículo 6 establece que “los gobiernos de la República Argentina y de Chile ejercerán pleno dominio y a perpetuidad sobre los territorios que respectivamente les pertenecen según el presente arreglo”.

En cuanto a sus características, “además de limitado en el espacio, el territorio del Estado moderno es fijo”, porque “resulta imposible pensar hoy en una comunidad estatal nómade, esto es, cuyo territorio se vaya desplazando con la población” (Barberis, 2003, p. 45).

Cabe distinguir entre soberanía territorial y supremacía territorial, teniendo en cuenta que ciertas normas internacionales autorizan a los Estados a realizar actos coactivos en un territorio extranjero (Barberis, 2003, p. 35), como, por ejemplo, los artículos 27, 28 y 92.1 de la CONVEMAR, de los cuales resulta que el Estado de la bandera de un buque que pasa por el mar territorial de un Estado extranjero puede, en ciertos casos, ejercer jurisdicción penal o civil a bordo de ese buque o en relación con él.

Por otro lado, un Estado puede celebrar un tratado con otro otorgándole competencias en un sector de su territorio. El 18 de noviembre de 1903, Panamá y los Estados Unidos celebraron el tratado conocido como Hay-Bunau Varilla, por el cual el primero cedió a perpetuidad el uso, ocupación y control de una zona de su territorio para la construcción, mantenimiento, operación y control de un canal interoceánico, otorgando a los Estados Unidos todos los derechos, poder y autoridad dentro de esa zona, conservando Panamá la soberanía territorial sobre la zona del canal, como queda claro en la declaración conjunta de 1974 que serviría de base a un nuevo tratado en reemplazo de aquel. Así surgió el Tratado del Canal de Panamá, firmado el 7 de septiembre de 1977 junto con el Tratado Concerniente a la Neutralidad Permanente y al Funcionamiento del Canal de Panamá, que se conocen como Tratados Torrijos-Carter.

A su vez, en virtud del tratado de Pekín de 1898, China dio en arrendamiento a Gran Bretaña por 99 años una parte del territorio contiguo a la península de Kowloon y un grupo de islas. En 1984 ambas partes convinieron la restitución de Hong Kong el 1 de julio de 1997, es decir, al cumplirse el plazo de 99 años pactado en 1898.

9.2. La frontera

a) Para que pueda hablarse de frontera es necesario que un Estado comparta con otro un área determinada, que tenga un vecino. De ello se desprende que todos los Estados tienen límites, pero los insulares y los archipiélagos que no comparten con otro Estado un territorio insular no tienen fronteras.

Hay que distinguir entre límite fronterizo, también llamado “línea fronteriza”, y zona fronteriza. El primer concepto hace referencia a la línea divisoria del territorio de uno y otro de los Estados vecinos, cuyo trazado puede observarse en un mapa, mientras que la zona fronteriza es un espacio de transición “cuyos habitantes, de uno y otro lado, comparten vivencias, tienen frecuentes contactos e incluso forjan lazos familiares” (Pereira, 2008, p. 416).

Las relaciones entre países vecinos, así como las relaciones entre regiones vecinas, incluyen múltiples interacciones e intercambios. En las zonas donde los respectivos territorios toman contacto las relaciones de vecindad se manifiestan a través de la circulación de personas (tránsito vecinal fronterizo), incluyendo el traslado de quienes viven en un lado de la frontera pero trabajan en el otro, y de la cooperación transfronteriza.

El principio de estabilidad de las fronteras goza de protección convencional¹, como hemos visto al abordar el Derecho de los Tratados y la sucesión de Estados en materia de tratados, y tiene respaldo jurisprudencial. La Corte Internacional de Justicia, en el asunto de la *Controversia territorial entre Jamahiriya Árabe Libia y Chad* (1994), dijo que, “una vez convenida, la frontera permanece, pues cualquier otro enfoque viciaría el principio fundamental de la estabilidad de las fronteras. Una frontera establecida por un tratado consigue así una permanencia de la que el propio tratado no goza necesariamente”².

9.3. Delimitación y demarcación

El Tratado de Límites de 1881 entre Argentina y Chile establece, en su artículo 1, que la línea fronteriza correrá, de norte a sur hasta el paralelo 52 de latitud, por las cumbres más elevadas de la Cordillera de los Andes “que dividan las aguas y pasará por entre las vertientes que se desprendan a un lado y otro”. La misma norma prevé que las dificultades que pudieran suscitarse por la existencia de ciertos valles formados por la bifurcación de la cordillera y en los que no sea clara la línea divisoria de las aguas serán resueltas amistosamente por dos peritos nombrados uno por cada parte y, “en caso de no arribar éstos a un acuerdo, será llamado a decidir las un tercer perito designado por ambos gobiernos”.

La delimitación consiste entonces en convenir el trazado de la línea fronteriza, determinando los Estados interesados el criterio a aplicar, aunque el límite internacional puede resultar de una sentencia judicial o arbitral, una costumbre o un acto unilateral (Barberis, 2003, p. 140).

Cuando existe una cadena montañosa puede establecerse como línea fronteriza una línea que una las cumbres más elevadas o bien la línea divisoria de las aguas (*divortia aquarum*). El Tratado de 1881 adoptó un criterio mixto, con todas las dificultades que esto originó, porque en los Andes las cumbres más altas no siempre

¹Artículo 11 de la Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados y artículos 54.a y 62.2.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²CIJ, *Recueil*, 1994, p. 37.

coinciden con las que dividen las aguas.

Si los ríos son navegables, el criterio que se adopta para delimitar la frontera se basa generalmente en el *thalweg*, es decir, en la línea media del canal principal, que es el canal donde existe mayor profundidad. Si el río no es navegable, por lo general se acuerda que sea la línea media entre las riberas lo que determine la línea fronteriza.

Aquel Tratado de Límites dispone que “los mismos peritos a que se refiere el artículo 1° fijarán en el terreno las líneas indicadas en los artículos anteriores y procederán en la misma forma que allí se determina” (art. 4°). Allí se habla de la demarcación, que “es el conjunto de actividades técnicas destinadas a señalar en el terreno el límite establecido por las normas jurídicas, es la aplicación de estas últimas” (Barberis, 2003, p. 169), siendo de destacar que la señalización en el terreno solo es posible en el territorio terrestre, mientras que en las aguas marinas o fluviales la línea se dibuja en las cartas geográficas.

La demarcación puede llevar en ocasiones a la rectificación de la delimitación acordada cuando la aplicación de sus criterios es impracticable o conduce a resultados absurdos; de modo que la demarcación “no es una simple y mecánica traslación al terreno de lo convenido en el previo acuerdo delimitador” (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 500). Por otro lado, no es necesario que el proceso de delimitación esté concluido para proceder a demarcar. En tal caso, habrá una demarcación parcial de la frontera hasta tanto se complete la delimitación o se resuelva toda controversia que pudiera haber surgido.

De las operaciones de demarcación se deja constancia en un acta. En caso de desacuerdo entre los expertos participantes se procederá con arreglo a lo previsto en el acuerdo de delimitación. En 1941, Argentina y Chile celebraron el Protocolo de Reposición y Colocación de Hitos, en virtud del cual fue creada una Comisión Mixta formada por técnicos designados por ambos países para cumplir las siguientes funciones: a) reponer los hitos desaparecidos; b) colocar nuevos hitos intermedios en aquellos tramos de la frontera donde se considere necesario hacerlo para dar más precisión a la línea fronteriza; c) determinar las coordenadas geográficas exactas de todos los hitos, tanto los existentes como los hitos a colocar.

Un caso especial de demarcación citado por la doctrina es el de la frontera entre Irak y Kuwait, luego de la llamada “Guerra del Golfo”. Mediante la resolución 687 (1991), el Consejo de Seguridad, consciente de la necesidad de demarcar la frontera entre ambos países, pidió al Secretario General que prestara su asistencia para hacer arreglos con Irak y Kuwait a fin de demarcar la frontera común. Decidió

además garantizar la inviolabilidad de esa frontera internacional. A los fines de la demarcación, se creó la Comisión de las Naciones Unidas de Demarcación de la Frontera entre el Irak y Kuwait. Y por resolución 833 (1993), el Consejo reafirmó el carácter definitivo de las decisiones de la Comisión.

9.4. Los modos de adquisición del título a la soberanía territorial

Hay modos originarios y modos derivados de adquisición del título a la soberanía territorial. Los primeros tienen como presupuesto que el territorio no esté sometido a la soberanía de ningún Estado, mientras que en los segundos ese presupuesto no existe.

a) La ocupación como modo originario de adquisición requiere que el territorio sea *res nullius*. Por ende, las posibilidades de que exista un territorio de esas características se reducen hoy a la emergencia de una isla en alta mar o al abandono (*derelictio*) de un territorio.

Como hacen notar Casanovas y Rodrigo (2013), la existencia en el pasado de territorios “sin dueño” era una ficción, porque en ellos habitaban pueblos originarios que se vieron privados de sus derechos por la acción de las potencias coloniales (p. 247).

La adjudicación de tierras a favor de España y Portugal por la bula *Inter Caetera* (1493) y otras bulas papales no fue reconocida por los demás países con pretensiones coloniales. Prevalió la teoría de que el descubrimiento no era suficiente por sí solo como fundamento del título a la soberanía sobre el territorio descubierto, pues solamente confería un título que debía perfeccionarse con la ocupación efectiva del territorio. La sentencia arbitral en el caso *Isla de Palmas* (1928) confirmó que el descubrimiento “sólo podría existir como título incoado, como pretensión de establecer la soberanía mediante ocupación efectiva”³.

La apreciación de la efectividad de la ocupación ha dependido de si el otro Estado con pretensiones de soberanía acredita una actividad más consistente, como se puede comprobar en el caso de *Groenlandia Oriental* (1933). Noruega ocupó en 1931 ese territorio, sosteniendo que se trataba de una *terra nullius*, pero el Tribunal consideró

³La controversia entre los Estados Unidos y los Países Bajos se originó a raíz de que Estados Unidos alegaba su soberanía sobre la isla invocando que estaba incluida en los territorios que le había cedido España mediante el Tratado de París de 1898, mientras que los Países Bajos basaban su reclamo en la autoridad de antigua data que ejercían allí. Intervino un árbitro único, Max Huber, y la sentencia arbitral declaró que la isla forma parte del territorio de los Países Bajos.

que Dinamarca había dictado legislación válida para toda Groenlandia y realizado otros actos de soberanía con el mismo alcance, más allá de no haber adoptado medidas concretas para poblar aquella parte del territorio.

La flexibilidad en la interpretación de la ocupación efectiva llegó al extremo de desvirtuar dicho presupuesto en el caso de la *isla Clipperton* (1932). El laudo del rey de Italia, Víctor Manuel III, concluyó que un territorio que está deshabitado queda a entera disposición del Estado que lo reclama y que la ocupación debe tenerse por completa aunque no haya sido efectiva⁴.

b) El otro modo originario de adquisición es la accesión, natural o artificial. La accesión natural consiste en el acrecentamiento que deriva de la acumulación paulatina de terreno en las riberas de ríos y lagos o en la costa, fenómeno que se conoce como aluvión, o de la acumulación súbita, debida a la avulsión. También acrece el territorio estatal por accesión natural cuando se forman islas en un río, un lago, las aguas interiores o el mar territorial. La formación de islas en un delta es un fenómeno común en ríos cuyo cauce principal acarrea sedimentos. En noviembre de 2013 surgió una isla en territorio de Japón como consecuencia de la erupción de un volcán submarino, y fue acrecentando su superficie hasta quedar unida a la isla de Nishinoshima.

Los Estados ribereños de un río fronterizo pueden establecer por vía convencional el régimen aplicable en caso de emergencia de islas o de aumento del territorio por obra de la naturaleza. Así, el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (1973), entre Argentina y Uruguay, dispone que las islas que en el futuro emerjan en el río pertenecerán a uno u otro de los Estados partes según se hallen a uno u otro lado de la línea indicada en el artículo 41 con excepción de lo que se establece para la Isla Martín García, destinada exclusivamente a reserva natural para la conservación y preservación de la fauna y la flora autóctonas, bajo jurisdicción de la Argentina⁵. La isla Timoteo Domínguez es de formación aluvional y terminó uniéndose a la isla Martín García⁶. Pertenece a Uruguay.

La accesión artificial resulta de la acción humana. Los *polders* son los terrenos

⁴La isla de Clipperton era terra nullius en 1858 cuando un teniente francés a bordo de un buque mercante, cerca de la isla, manifestó que tomaba posesión de ella en nombre del emperador de su país. Francia nunca la ocupó materialmente y en 1897 la tripulación de un buque de guerra mexicano desembarcó allí, obligando a sus tres habitantes a izar la bandera de México. Se invocó que la isla había sido descubierta por España, pero el árbitro único resolvió que era francesa porque México no probó el descubrimiento por España y Francia nunca abandonó su reclamación.

⁵Artículos 44 y 45 del Tratado.

⁶El acuerdo para trazar el límite respectivo, a raíz de la unión de las islas Martín García y Timoteo Domínguez, se firmó en junio de 1988.

ganados al mar mediante un sistema de desecación. De esta manera los Países Bajos han incorporado como superficie terrestre importantes áreas cubiertas por el mar de manera permanente o en pleamar.

c) Uno de los modos derivados que tenían cabida en el Derecho Internacional clásico hoy forma parte del pasado: la conquista. El artículo 2.4 de la Carta de Las Naciones Unidas prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza y la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional proclama que “el territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado derivada de la amenaza o el uso de la fuerza”, agregando que “no se reconocerá como legal ninguna adquisición territorial derivada de la amenaza o el uso de la fuerza”.

Por esta razón, la resolución 662 (1990) del Consejo de Seguridad declaró que “la anexión de Kuwait por el Iraq en cualquier forma y por cualquier pretexto carece de validez jurídica y ha de considerarse nula y sin ningún valor”, decisión que fue reafirmada en la resolución 664 del 18 de agosto de 1990.

d) En palabras de Barberis (2003), la cesión territorial es el acto mediante el cual un Estado transfiere a otro una parte de su territorio y tiene lugar a través de un tratado concertado entre el Estado cedente y el cesionario, al cual le son aplicables las reglas sobre tratados (p. 109).

Según otra concepción, la cesión territorial implica dos actos unilaterales, uno por el cual el cedente se despoja de la soberanía y otro por el cual el cesionario la asume. Desde esta perspectiva, ha sido definida como “la renuncia hecha por un Estado a favor de otro Estado de los derechos y títulos que pudiera tener sobre el territorio en cuestión el primero de esos Estados”⁷.

La cesión de Filipinas y Puerto Rico a Estados Unidos por España como consecuencia de la derrota en la guerra que los enfrentó; la compra de Luisiana y Florida por Estados Unidos, así como la de Alaska, que antes pertenecía a Rusia, y la cesión, en forma de permuta, de la isla de Heligoland a Alemania por el Reino Unido, a cambio del reconocimiento del protectorado británico en Zanzíbar y de ciertas concesiones territoriales en Uganda, son algunos de los casos mencionados por la doctrina. También la cesión por España a Alemania de la soberanía sobre las Islas Carolinas, Marianas y Palau.

En la práctica, encontramos entonces distintos tipos de cesión. En algunos casos

⁷Sentencia del árbitro Beichmann, del 5 de septiembre de 1924, en el marco del arbitraje entre Alemania y la Comisión de Reparaciones en torno a la interpretación del artículo 260 del Tratado de Versalles.

ha tenido lugar a cambio de un precio en dinero; en otros, ha sido recíproca, y puede darse como resultado de la rectificación de una línea fronteriza, cuando, por ejemplo, existen serias dificultades para demarcarla y se faculta a la Comisión encargada de ello a introducir modificaciones en el recorrido de la línea, siempre que las superficies atribuidas a cada Estado estén compensadas entre sí (Barberis, 2003).

La cesión debe distinguirse del arrendamiento de un territorio. En este último supuesto, la soberanía no se transfiere y el arrendatario actúa como la autoridad territorial en el territorio sometido a dicho régimen (Mandayo, 2015). Ya vimos el caso de Hong Kong, y Guantánamo continúa bajo arrendamiento de Estados Unidos, sin que se haya determinado hasta cuándo.

e) La prescripción es la adquisición mediante el ejercicio posesorio de un territorio que pertenece a otro Estado.

En el caso de la *Isla de Kasikili/Sedudu* (1999), Namibia argumentó que “en virtud de la ocupación y utilización continuas y exclusivas” de esa isla “y del ejercicio de jurisdicción soberana sobre ella desde el comienzo de siglo, con pleno conocimiento, aceptación y aquiescencia por parte de las autoridades del Gobierno de Bechuanalandia y Botswana”, tiene “un título prescriptivo sobre la isla”. La Corte Internacional de Justicia, luego de observar que ambas partes estaban de acuerdo en que la prescripción adquisitiva está reconocida en el Derecho Internacional y con respecto a las condiciones en que puede adquirirse el título sobre un territorio por prescripción, concluyó que Namibia no había determinado con el grado necesario de precisión y de certidumbre que los actos propios de un Estado que puedan constituir una justificación respecto del título de la prescripción, “se realizaron por sus predecesores o por ella misma en relación con la *isla de Kasikili/Sedudu*”⁸.

Se distinguen dos elementos constitutivos del ejercicio posesorio: la posesión efectiva y el *animus domini*. La primera consiste en la real ocupación del territorio y debe reunir ciertas condiciones en cuanto al tiempo y a la actitud asumida frente a ella por la mayoría de los miembros de la comunidad internacional, que pueden resumirse afirmando que debe tratarse de una posesión pública, pacífica, incontestada e ininterrumpida. La jurisprudencia exige además que el ejercicio de la posesión efectiva por el Estado ocupante vaya acompañado de la intención de comportarse como autoridad soberana (Barberis, 2003, p. 131).

En cuanto al tiempo de la ocupación para poder invocar la soberanía territorial, no surge de la jurisprudencia un período determinado, pero un antecedente aislado

⁸CIJ, caso de la Isla de Kasikili/Sedudu, párrafos 90 a 99 del fallo.

aparece en el compromiso arbitral entre Venezuela y el Reino Unido (1897) por la cuestión del Esequibo, cuyo artículo IV, literal a), indica que la posesión adversa o prescripción durante un período de cincuenta años constituiría un justo título, como se menciona en un trabajo sobre el tema (Faúndez Ledesma, 2020).

9.5. El principio del *uti possidetis iuris*

Tal principio fue invocado en América del Sur y en América Central por los nuevos Estados para afirmarse como sucesores de España y, por ende, de sus títulos de soberanía en los respectivos territorios, y para la delimitación fronteriza. Exige el respeto de los límites establecidos en los documentos coloniales, tanto los límites internacionales como los internos.

Se aplicó en el caso de la *Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima entre El Salvador y Honduras* (1992), pero ya había trascendido la región americana para ser aplicado en la *Controversia fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali* (1986). En este caso, la Corte Internacional de Justicia señaló que “el principio del *uti possidetis* ha mantenido su lugar entre los principios jurídicos más importantes” en lo relativo a los títulos territoriales y la delimitación de las fronteras en el momento de la descolonización⁹.

En el caso de la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe* (2007), la Corte reiteró la importancia del principio. En el ámbito europeo, la separación de la República Checa y Eslovaquia se hizo respetando los límites administrativos que existían cuando uno y otro país formaban Checoslovaquia. En este caso, el *uti possidetis* se aplicó fuera del ámbito de la descolonización.

9.6. Regiones polares

Para caracterizar estas regiones, diremos que la Antártida es un continente que está rodeado de océano y que el Ártico es lo contrario, esto es, un gran océano con bloques de hielo rodeado de continentes. Además, las temperaturas en la Antártida son más frías que las del Ártico. Otra diferencia es que en el Ártico hay población indígena y en la Antártida no. Esta última región se halla deshabitada, contando solo con la presencia de los científicos y militares que desarrollan actividad en las bases de investigación científica establecidas por ciertos países.

⁹CIJ, *Reports*, 1986, p. 567, párr. 26.

9.7. El espacio ártico

El Ártico es el área que se encuentra al norte del Círculo Polar Ártico, situado en el paralelo de 66 grados 33 minutos de latitud norte¹⁰. Comprende partes de Canadá, Dinamarca (Groenlandia e islas Faroe), Estados Unidos (Alaska), Noruega, Rusia, Suecia (Laponia), Finlandia (islas Svalbard) e Islandia. Las zonas situadas en el territorio continental de esos Estados se rigen por el Derecho interno de cada uno de ellos y tienen derecho a la atribución de espacios marítimos, como mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental.

En cuanto a las islas naturales en la región, la “teoría de los sectores”, formulada por el canadiense Pascal Poirier en 1907 y adoptada por la Unión Soviética en 1920, plantea que las tierras situadas entre una línea imaginaria que se extiende hacia el norte desde el extremo occidental de un territorio cercano al círculo ártico y una línea imaginaria que se prolonga desde el otro extremo, el oriental, pertenecerán al Estado que ejerce soberanía sobre dicho territorio. Esta teoría pretende sustituir la idea de la ocupación efectiva por la tesis de la contigüidad. Rusia se apoya en ella en relación con todas las islas situadas al norte de su costa, incluyendo la Isla de Wrangel y la Tierra de Francisco José, que habían dado lugar a controversias en el pasado.

En lo que respecta a las islas de hielo, como la T-3 o Fletcher’s Ice Island, utilizada por Estados Unidos, no existen normas específicas aplicables. Pharand (1979) se pregunta si una isla de hielo debería ser asimilada a una isla natural, a una isla artificial o a un buque. Descarta la analogía con una isla natural teniendo en cuenta las definiciones de isla contenidas en los instrumentos internacionales y remarca que las islas de hielo “no tienen las cualidades de permanencia y estabilidad que son las características básicas de cualquier pedazo de territorio” (p. 94). Explica que en la medida que las islas de hielo puedan ser utilizadas de la misma manera que las islas artificiales para tener acceso a los recursos de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva parecería no haber ninguna razón para que su régimen jurídico no sea el aplicable a las islas artificiales propiamente dichas, pero cuando las islas de hielo no están inmovilizadas deberían regirse por las normas internacionales aplicables a los buques. Lo ideal sería adoptar una convención especial regulando el uso de las islas de hielo y la jurisdicción de los Estados sobre ellas, pero hasta tanto se adopte tal convención, parecería que la más práctica y realista manera de resolver el problema es considerarlas como buques y aplicar el régimen jurídico de

¹⁰Otras definiciones toman en cuenta la isoterma de los 10° C del mes de julio o la línea arbórea en la mayor parte del Ártico, que es una línea imaginaria que delimita el hábitat en el que los árboles pueden crecer.

estos en la medida que sea aplicable (Pharand, 1979, p. 100).

El Océano Ártico debe ser considerado como alta mar. Por otro lado, se sostiene que si alguno de los Estados Árticos pudiera demostrar con rigor científico que el lecho y el subsuelo del Polo Norte forman parte de la prolongación natural de su territorio y, por consiguiente, de su plataforma continental, ese Estado tendría derechos exclusivos de explotación de los recursos allí existentes (Gracia y Fellay, 2015, p. 454).

Si bien no existe un tratado como el Tratado Antártico que establezca reglas respecto del Ártico, existen acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables en la región. Además, la Declaración de Ottawa de 1996 estableció el Consejo Ártico como un foro intergubernamental para promover la cooperación entre los Estados Árticos, con la participación de las comunidades indígenas y otros habitantes de la zona, en cuestiones comunes como el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente en la región.

Además, representantes de los pueblos indígenas del Ártico, reunidos en 2013 en Kiruna (Suecia), firmaron la Declaración conjunta de solidaridad indígena para la protección del Ártico, que contiene demandas básicas como la prohibición de toda exploración y explotación petrolera en las aguas del Ártico y la consulta previa a dichos pueblos para cualquier proyecto de extracción e industrialización de materias primas.

9.8. Tratado Antártico

El 1 de julio de 1957 comenzó el Año Geofísico Internacional, que se extendió hasta el 31 de diciembre de 1958. Realizado a sugerencia de la Organización Meteorológica Mundial, se tradujo en la instalación de 44 bases de observación e investigación científica en la Antártida, y fue además el punto de partida para la iniciativa que tomó Estados Unidos de invitar a todos los Estados que participaron a discutir el futuro de la Antártida.

a) La Conferencia Antártica tuvo lugar en Washington DC a partir del 15 de octubre de 1959 y el 1 de diciembre de ese año Argentina, Australia, Bélgica, Chile, Estados Unidos, Francia, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, el Reino Unido, Sudáfrica y la Unión Soviética firmaron el Tratado Antártico, que entró en vigor el 23 de junio de 1961 y es de duración indeterminada. No obstante lo previsto en el artículo XII, hasta el presente no ha habido modificación o enmienda del Tratado ni se ha celebrado una conferencia de revisión de su funcionamiento.

Las disposiciones del Tratado se aplican a la región situada al sur de los 60° de latitud sur y no perjudican o afectan los derechos o el ejercicio de los derechos de cualquier Estado conforme al Derecho Internacional en lo relativo a la alta mar dentro de esa región (art. VI).

Treinta y ocho Estados se adhirieron al Tratado Antártico, a los que hay que sumar los doce Estados signatarios. Y este número no es definitivo, pues cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas o cualquier otro Estado que sea invitado por los Estados partes puede adherirse al Tratado.

Hay tres tipos de Estados partes: los signatarios, los adherentes que demuestren interés en la Antártida mediante la realización de investigaciones científicas importantes, como el establecimiento de una estación científica o el envío de una expedición científica, y otros adherentes (art. IX.2). Solo los Estados signatarios y los adherentes que desarrollan actividad científica tienen derecho a participar en las reuniones consultivas, según los términos del Tratado, pero a partir de 1983 se admitió la participación de todos los Estados partes, si bien solamente pueden votar los que tienen estatuto consultivo. Con posterioridad se ha permitido también la participación de Estados observadores y hasta de expertos de organizaciones internacionales, estos últimos por invitación (Gracia y Fellay, 2015, p. 461). Cabe agregar que para ser parte consultiva se requiere, además, haber ratificado el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente o haberse adherido a él, según lo previsto en el artículo 22.4 del Protocolo.

De conformidad con el Tratado, la primera reunión consultiva se realizó en Canberra (Australia). Hasta 1994 las reuniones consultivas se celebraron cada dos años, pero desde entonces tienen lugar anualmente.

b) La Antártida ha de utilizarse exclusivamente para fines pacíficos, comienza diciendo el artículo I, que seguidamente prohíbe toda medida de carácter militar, como el establecimiento de bases y fortificaciones militares, la realización de maniobras militares o los ensayos de toda clase de armas, pero el empleo de personal militar o equipamiento militar para investigaciones científicas o cualquier otro fin pacífico no está prohibido.

La libertad de investigación científica y la cooperación internacional en la investigación científica son los objetivos contemplados en los dos siguientes artículos. Con el fin de promover la cooperación, las partes procederán a un triple intercambio: a) de proyectos científicos; b) de personal científico; c) de observaciones y resultados científicos.

c) Con anterioridad al Tratado, siete países hicieron reclamaciones territoriales en la Antártida: Argentina, Australia, Chile, Francia, Noruega, Nueva Zelanda y el Reino Unido. Estados Unidos y Rusia alegan tener fundamento de reclamación de soberanía territorial en la región, por lo que se han reservado el derecho de hacer una reclamación cuando ello sea nuevamente posible.

Ninguna disposición del Tratado Antártico se interpretará como renuncia a las reclamaciones territoriales que se hubieren hecho valer precedentemente, o como renuncia o menoscabo a cualquier fundamento de reclamación que cualquier Estado parte pudiera tener¹¹, pero ninguna actividad que se lleve a cabo en la Antártida durante la vigencia del Tratado podrá invocarse para una posterior reclamación de soberanía territorial. “No se harán nuevas reclamaciones de soberanía territorial en la Antártida, ni se ampliarán las reclamaciones anteriormente hechas valer, mientras el presente Tratado se halle en vigencia”, concluye diciendo el artículo IV.

A partir de estos términos, se puede afirmar, con Moncayo (1992), que “el Tratado no define ni resuelve controversia territorial alguna, no consolida los derechos de los Estados territorialistas o los de aquellos que poseen un fundamento de reclamación de soberanía territorial, pero tampoco consagra su declinación” (p. 39).

Los sectores comprendidos en el reclamo de cada Estado territorialista convergen en el Polo Sur, con la sola excepción del sector reclamado por Noruega. Argentina pretende soberanía sobre un sector comprendido entre los meridianos de 25° y 74°, y hay un quince por ciento de territorio antártico no comprendido en las reclamaciones territoriales.

d) Otra norma del Tratado prohíbe toda explosión nuclear en la Antártida, así como la eliminación de desechos radiactivos en esa región (art. V.1). Asimismo, el artículo VII prevé que, para promover los objetivos y asegurar la aplicación del Tratado, cada parte cuyos representantes estén facultados a participar en las reuniones consultivas tendrá derecho a designar observadores para realizar inspecciones, los que deben ser nacionales de la parte que los designa. Los observadores gozarán de entera libertad de acceso, en cualquier momento, a todas las regiones de la Antártida. Todas las estaciones e instalaciones y todos los equipos que allí se encuentren, así como todos los navíos y aeronaves, en los puntos de embarque y desembarque de personal o de carga en la Antártida, estarán abiertos en todo momento a la inspección por parte de cualquier observador designado de conformidad con lo previsto. Por otro lado, la observación aérea podrá efectuarse, en cualquier momento, sobre cada una y

¹¹Como resultado de sus actividades o de las actividades de sus nacionales en la Antártida, o por cualquier otro motivo (art. IV.1.b).

todas las regiones de la Antártida por cualquiera de las partes facultada a designar observadores.

El mismo artículo impone la obligación de informar sobre toda expedición a la Antártida y dentro de ella en la que participen navíos o nacionales de cada una de las partes contratantes, y sobre todas las expediciones que se organicen en el territorio de dichos Estados o partan de allí. También cada parte debe informar sobre todas las estaciones en la Antártida ocupadas por sus nacionales y con respecto a todo personal o equipo militares que se proyecte introducir en la región.

e) Desde el 1 de septiembre de 2004 funciona la Secretaría del Tratado Antártico con sede en Buenos Aires, creada por la decisión XXIV-1 de la Reunión Consultiva del Tratado Antártico (RCTA).

f) Es de destacar la importancia del Tratado Antártico por sus previsiones sobre desnuclearización de la Antártida. A ello hay que sumar los tratados de Tlatelolco (1967), Rarotonga (1985), Bangkok (1995), Pelindaba (1996) y el Tratado sobre una Zona Libre de Armas Nucleares en Asia Central (2006), que crean zonas libres de armas nucleares.

9.9. Sistema del Tratado Antártico

El Sistema del Tratado Antártico (STA) se define como “el conjunto de disposiciones armónicas y coordinadas que estructuran todo el quehacer antártico” (Guyer, 1992, p. 96). De acuerdo con esta definición, el STA está formado por el Tratado Antártico, las recomendaciones que los Estados partes adoptan en las RCTA, la Convención para la Conservación de las Focas Antárticas (1972), la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (1980) y el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (1991).

Desde otra perspectiva, se considera que el STA está integrado por un conjunto de normas jurídicas, de Estados partes e instituciones, procedimientos y prácticas, principios y objetivos, y por la actuación individual y colectiva de esos Estados dentro del Sistema y con relación al mundo exterior a este (CARI, 1996, p. 16).

El Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente define el STA diciendo que “significa el Tratado Antártico, las medidas en vigor según ese Tratado, sus instrumentos internacionales asociados separados en vigor y las medidas en vigor según esos instrumentos” (art. 1.e).

9.10. Protocolo de Madrid

El Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente se firmó en Madrid el 4 de octubre de 1991. Entró en vigor el 14 de enero de 1998 y complementa al Tratado Antártico. No lo modifica ni enmienda (art. 4.1), y no se permiten reservas al Protocolo.

Las partes se comprometen a la protección global del medio ambiente antártico y de los ecosistemas dependientes y asociados. Además, designan a la Antártida como reserva natural consagrada a la paz y a la ciencia. Esta protección, así como la del valor intrínseco de la Antártida, incluyendo sus valores de vida silvestre y estéticos, junto con su valor como área para la realización de investigaciones científicas, especialmente las esenciales para la comprensión del medio ambiente global, deben ser consideraciones fundamentales para la planificación y la realización de todas las actividades que se desarrollen en la región. El artículo 7 prohíbe cualquier actividad relacionada con los recursos minerales, a excepción de la investigación científica, y durante cincuenta años a partir de la entrada en vigor del Protocolo esa disposición no puede ser modificada o enmendada (art. 25.5.a).

El Protocolo consta de seis anexos, los cuales constituyen parte integrante del instrumento¹². Las Reuniones Consultivas del Tratado Antártico definirán la política general para la protección del medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados y adoptarán medidas para la ejecución del Protocolo de conformidad con el artículo IX del Tratado Antártico. El Comité para la Protección del Medio Ambiente tiene la principal función de proporcionar asesoramiento y formular recomendaciones a las partes en relación con la aplicación del Protocolo (art. 12).

Para promover la protección del medio ambiente antártico y de sus ecosistemas dependientes y asociados y asegurar el cumplimiento del Protocolo, las partes consultivas deben tomar medidas, individual o colectivamente, para la realización de inspecciones por observadores, con arreglo al artículo VII del Tratado Antártico.

9.11. Espacio aéreo

El espacio aéreo suprayacente al territorio terrestre, a las aguas interiores y al mar territorial de un Estado es parte del territorio de ese Estado y se halla sometido

¹²Los anexos son los siguientes: Evaluación del Impacto sobre el Medio Ambiente, Conservación de la Fauna y Flora Antárticas, Eliminación y Tratamiento de Residuos, Prevención de la Contaminación Marina, Protección y Gestión de Zonas y Responsabilidad Derivada de Emergencias Medioambientales.

a su soberanía. “Todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio”, expresa el artículo 1 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (1944), también conocido como Convenio de Chicago, recogiendo un principio que ya estaba reconocido en la Convención de París de 1919.

También en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se hace referencia al tema. El artículo 2.2 de la Convención prescribe que la soberanía del Estado ribereño se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial.

9.12. Régimen de navegación de las aeronaves civiles

El artículo 3 del Convenio de Chicago no se aplica a las aeronaves de Estado, que son las utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía. Ninguna aeronave de Estado podrá volar sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en él sin haber obtenido autorización, por acuerdo especial o de otro modo.

En cuanto a las aeronaves civiles, el Convenio establece un régimen que distingue entre los servicios aéreos no regulares y los servicios regulares. Las aeronaves que presten servicios no regulares tienen derecho a penetrar sobre el territorio de otro Estado parte o sobrevolarlo sin escalas, y a hacer escalas en ese territorio con fines no comerciales, “sin necesidad de obtener permiso previo, y a reserva del Estado sobrevolado de exigir aterrizaje” (art. 5). Si dichas aeronaves se utilizan en el transporte de pasajeros, correo o carga por remuneración o alquiler, fuera de los servicios internacionales de itinerario fijo, tienen también el privilegio de embarcar o desembarcar pasajeros, correo o carga, sin perjuicio del derecho del Estado donde tenga lugar el embarque o desembarque a imponer las reglamentaciones, condiciones o restricciones que considere convenientes.

En cambio, “ningún servicio aéreo internacional regular podrá explotarse en el territorio o sobre el territorio de un Estado contratante, excepto con el permiso especial u otra autorización de dicho Estado y de conformidad con las condiciones de dicho permiso o autorización” (art. 6). Los servicios aéreos regulares son los vuelos que están sujetos a un itinerario y un horario previamente establecidos, a diferencia de los servicios aéreos no regulares, que se caracterizan por lo opuesto.

La autorización necesaria para la explotación de servicios aéreos regulares resulta de tratados bilaterales o multilaterales, que incluyen las llamadas libertades del aire: 1) la de sobrevuelo de territorio extranjero sin aterrizaje; 2) la de escala técnica en territorio extranjero; 3) la de desembarcar en territorio extranjero pasajeros, correo y mercancías embarcadas en territorio de la nacionalidad de la aeronave; 4) la libertad

de embarcar en territorio extranjero pasajeros, correo y mercancías con destino a territorio de la nacionalidad de la aeronave; 5) la libertad de embarcar en territorio extranjero pasajeros, correo y mercancías con destino a otro territorio extranjero.

En materia de cabotaje, cada Estado parte tiene derecho a negar a los demás Estados partes el permiso de embarcar en su territorio pasajeros, correo o carga para transportarlos a otro punto situado en su territorio, pero si celebra acuerdos que concedan tal permiso no debe hacerlo a base de exclusividad a cualquier otro Estado o línea aérea de cualquier otro Estado ni obtener ese privilegio exclusivo de otro Estado (art. 7).

Ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sobre el territorio de un Estado parte, salvo que se cuente con autorización especial y de acuerdo con los términos de dicha autorización (art. 8). Los vuelos de las aeronaves que vuelan sin piloto deben ser controlados de forma que se evite todo perjuicio a las aeronaves civiles, prescribe también la misma norma.

Por razones de necesidad militar o de seguridad pública, cada Estado puede restringir o prohibir los vuelos de las aeronaves de otros Estados sobre ciertas zonas de su territorio a condición de no establecer distinciones entre las aeronaves del Estado de cuyo territorio se trate, que se empleen en servicios internacionales regulares, y las aeronaves de los otros Estados contratantes que se empleen en servicios similares.

Las zonas prohibidas deben ser de extensión y situación razonables para no estorbar innecesariamente la navegación aérea fuera de ellas. Será necesaria la comunicación de esas medidas a la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) y a los demás Estados contratantes. Durante un período de emergencia o en interés de la seguridad pública, cada Estado contratante está facultado para restringir o prohibir temporalmente y con efecto inmediato los vuelos sobre todo su territorio o parte de él, siempre que se den circunstancias excepcionales y a condición de que la restricción o prohibición se aplique, sin distinción de nacionalidad, a las aeronaves de todos los demás Estados (art. 9).

Cada Estado contratante puede exigir que toda aeronave que penetre en las zonas antes indicadas “atterrice tan pronto como le sea posible en un aeropuerto designado dentro de su territorio” (art. 9.c).

El Protocolo de Montreal (1984) enmendó el Convenio de Chicago insertando el artículo 3 bis, a cuyo tenor los Estados contratantes reconocen que todo Estado debe abstenerse de recurrir al uso de las armas en contra de las aeronaves civiles en vuelo y que, en caso de interceptación, no debe ponerse en peligro la vida de los

ocupantes de las aeronaves ni la seguridad de estas¹³.

El Convenio también se ocupa de la prevención contra la propagación de enfermedades por medio de la navegación aérea (art. 14).

En caso de accidente, el Estado en donde ocurra abrirá una investigación, ajustándose, en la medida que permitan sus leyes, a los procedimientos que recomiende la OACI. El Estado de matrícula de la aeronave se halla facultado a designar observadores para estar presentes en la investigación y el Estado que la realice comunicará al otro Estado el respectivo informe y sus conclusiones (art. 26).

Regresar al Sumario

¹³El origen de la enmienda fue el derribo en 1983 de un avión de Korean Airlines, que se había desviado de su ruta de Nueva York a Seúl y penetrado en territorio de la Unión Soviética.

10. Cursos de agua internacionales

10.1. Nociones generales y evolución

Existen *ríos internacionales sucesivos*, que atraviesan el territorio de más de un Estado, como el río Iguazú, y *ríos internacionales fronterizos o contiguos*, que separan el territorio de dos o más Estados, como el Río de la Plata. Otros ríos son fronterizos y sucesivos a la vez, como el Danubio o el Uruguay, por dar solo algunos ejemplos.

La denominación tradicional (ríos internacionales) no ha perdido vigencia. Por lo tanto, ríos internacionales o cursos de agua internacionales son denominaciones igualmente válidas, aunque en esta última también están comprendidos los lagos.

Existen tratados particulares en vigor (entre ellos, el Estatuto del Río Uruguay y el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo) y, en lo que respecta al régimen de los cursos de agua internacionales para usos distintos de la navegación, se ha dado un paso muy importante a través de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, adoptada el 21 de mayo de 1997. En vigor desde el 17 de agosto de 2014, se basa en la teoría de la soberanía limitada de los Estados ribereños: cada ribereño puede utilizar la parte del curso de agua situada en su territorio en la medida que no cause un daño significativo a los demás ribereños.

La Convención de las Naciones Unidas es una convención marco destinada a orientar a los Estados en materia de acuerdos particulares, sean estos bilaterales o multilaterales. Además, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha aprobado, en 2008, un proyecto de artículos sobre acuíferos transfronterizos del que la Asamblea General ha tomado nota¹ y luego lo ha señalado a la atención de los Gobiernos a fin de que les sirva de orientación en los acuerdos y arreglos bilaterales o regionales para la adecuada gestión de tales acuíferos².

Por otro lado, el Convenio sobre la Protección y Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos y los Lagos Internacionales, adoptado en Helsinki en 1992, introduce

¹Resolución 63/124, de 15 de enero de 2009.

²Resolución 74/193, de 18 de diciembre de 2019.

el concepto de *aguas transfronterizas*, que hace referencia a todas las aguas superficiales o subterráneas que delimitan o atraviesan las fronteras entre dos o más Estados, o están situadas en ellas. El Convenio del Agua, como también se le llama, ha sido enmendado en 2003 para permitir la adhesión de Estados miembros de las Naciones Unidas fuera de la región de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (UNECE). La enmienda entró en vigor el 6 de febrero de 2013.

Los canales internacionales (como el canal de Panamá, por ejemplo) no quedan comprendidos en el concepto de curso de agua internacional; son vías de agua que se crean artificialmente para poner en comunicación dos mares a fin de facilitar la navegación y su régimen se establece mediante tratado.

El Derecho Internacional Fluvial (o Derecho Fluvial Internacional) es el cuerpo de normas resultante de los acuerdos ya mencionados y tiene claros vínculos con el Derecho Internacional Ambiental y el Derecho del Mar. Los cursos de agua internacionales admiten una multiplicidad de usos y, dado que el agua es cada vez más un recurso escaso, hay que tomar las medidas necesarias para que los recursos hídricos compartidos no sean *ríos de contaminación*.

10.2. Curso de agua internacional

La Convención de 1997 precisa que un curso de agua es “un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común” (art. 2.a).

Cuando algunas partes de un curso de agua se encuentran en distintos Estados es aplicable el término “curso de agua internacional” (art. 2.b), y por “Estado del curso de agua” se entiende un Estado parte en la Convención “en cuyo territorio se encuentra parte de un curso de agua internacional” (art. 2.c).

La Convención se basa en la existencia de una comunidad de intereses entre los Estados del curso de agua, algo que la Corte Permanente de Justicia Internacional ya había afirmado en 1929 en relación con el río Oder.

10.3. El uso para la navegación

El Acta Final del Congreso de Viena de 1815 consagró el principio de la libre navegación de los ríos internacionales por todos los Estados, sean ribereños o no, principio reafirmado en textos posteriores. La libertad de navegación en los ríos internacionales o cursos de agua internacionales se rige por lo establecido en el régimen convencional específico de cada uno de ellos.

El uso de los cursos de agua internacionales para la navegación no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Convención, “salvo en la medida en que otros usos afecten a la navegación o resulten afectados por ésta” (art. 1.2).

La norma que reconoce el derecho de los Estados ribereños a la libre navegación de un río internacional es de origen consuetudinario, como ha señalado la Corte Permanente de Justicia Internacional³.

Hay que tener en cuenta, además, el régimen convencional particular aplicable. Así, el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo dispone que las partes “se reconocen recíprocamente, a perpetuidad y bajo cualquier circunstancia, la libertad de navegación en todo el río para los buques de sus banderas” (art. 7), y que en las aguas de uso común podrán navegar buques públicos y privados de los países de la Cuenca del Plata, permitiéndose también la navegación de buques mercantes, públicos y privados, de terceras banderas (art. 11).

10.4. Usos para fines distintos de la navegación

La comunidad de intereses entre los Estados ribereños es la razón por la cual la Convención establece que todo Estado del curso de agua tiene derecho a participar en la negociación de cualquier acuerdo que se aplique a la totalidad del curso de agua internacional de que se trate, así como el derecho a llegar a ser parte en él y a participar en cualquier consulta sobre el particular (art. 4.1).

a) La Convención sienta el principio de que “los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable” con la finalidad “de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua”, teniendo en cuenta los intereses de los demás Estados del curso de agua (art. 5.1).

La participación de los Estados del curso de agua en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable incluye el derecho de utilizar el curso de agua pero también la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento sobre la base de las disposiciones de la Convención (art. 5.2).

La utilización equitativa y razonable de un curso de agua requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes: entre ellos los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores

³CPJI, *Caso relativo a la jurisdicción territorial de la Comisión del Río Oder*, Serie A, N° 23, pp. 27-28.

naturales; las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua, así como la población que depende del curso de agua en cada uno de esos Estados; los efectos del uso o de los usos del curso de agua en los demás Estados del curso de agua; los usos actuales y potenciales; la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos y el costo de las medidas adoptadas con esos fines, y la existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto (art. 6).

En el caso *Plantas de celulosa en el río Uruguay* (2010), Argentina sostuvo que al interpretar el Estatuto de 1975 de acuerdo con el principio de uso equitativo y razonable se deben tener en cuenta los usos preexistentes legítimos del río, incluyendo su uso para propósitos recreativos y turísticos. Por su parte, Uruguay alegó no haber violado de ninguna manera ese principio, que no favorece los usos preexistentes, como el turismo o la pesca, sobre los nuevos usos. La Corte Internacional de Justicia consideró que el “aprovechamiento óptimo y racional requiere un equilibrio entre los derechos y necesidades de las Partes de usar el río para actividades económicas y comerciales, por un lado, y la obligación de protegerlo del daño ecológico, por el otro”, y que “la utilización no puede ser considerada equitativa y razonable si los intereses del otro Estado ribereño en el recurso compartido y la protección medioambiental de este último no son tenidos en consideración”⁴.

b) “Los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua” (art. 7.1). Esta obligación de no causar un perjuicio sensible se ha convertido en norma de Derecho Internacional general (Rey Caro, 2014, p. 23). Si a pesar de ello se causan daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause debe, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización (art. 7.2).

En el asunto de las *Plantas de celulosa sobre el río Uruguay*, la Corte, antes de analizar la obligación de prevenir la contaminación que establece el artículo 41 del Estatuto del Río Uruguay, recordó que la existencia de la obligación general de los Estados de asegurar que las actividades dentro de su jurisdicción y control respeten el medio ambiente de otros Estados o de áreas más allá del control nacional es parte del corpus del Derecho Internacional relativo al medio ambiente. Dijo también que la obligación prevista en aquel tratado “es una obligación de actuar con la diligencia

⁴CIJ, sentencia del 20 de abril de 2010, párrs. 175 y 177.

debida respecto de todas las actividades que tienen lugar bajo la jurisdicción y control de cada Parte” y que se trata de una obligación que implica no solamente la adopción de las normas y medidas apropiadas, sino también un cierto nivel de vigilancia en su implementación “y en el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, para salvaguardar los derechos de la otra parte”. Tales consideraciones se hacen en los párrafos 193 y 197 de la sentencia.

c) La obligación general de cooperar es otro de los pilares de la Convención. La cooperación tendrá lugar “sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional” (art. 8.1).

El intercambio regular de datos e información sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico y los relativos a la calidad del agua, así como las previsiones correspondientes (art. 9.1), forma parte de la obligación de cooperar.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974) prevé que en la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados, cada uno debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa con el objeto de obtener una óptima utilización de los recursos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros (art. 3).

d) “Salvo acuerdo o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua tiene en sí prioridad sobre otros usos” (art. 10.1). El conflicto entre varios usos de un curso de agua internacional se resolverá sobre la base de la utilización equitativa y razonable, los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable y la obligación de no causar daños sensibles, “teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales” (art. 10.2).

e) Los Estados del curso de agua deben proteger y preservar, “individual y, cuando proceda, colectivamente, los ecosistemas de los cursos de agua internacionales” (art. 20). Prevenirán, reducirán y controlarán, de manera individual o colectiva, la contaminación de un curso de agua internacional que pueda causar daños sensibles a otros Estados del curso de agua o a su medio ambiente, incluso a la salud o la seguridad humanas, a la utilización de las aguas con cualquier fin útil o a los recursos vivos del curso de agua y tomarán disposiciones para armonizar su política al respecto (art. 21.2), celebrando consultas a fin de determinar medidas y métodos mutuamente aceptables para prevenir, reducir y controlar la contaminación (art. 21.3).

Antes de señalar estas obligaciones, la Convención precisa que por “contaminación de un curso de agua internacional” se entiende “toda alteración nociva de la composición o calidad de las aguas de un curso de agua internacional que sea resultado directo o indirecto de un comportamiento humano” (art. 21.1).

10.5. Los acuíferos

Según el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos⁵, un acuífero es “una formación geológica permeable portadora de agua, situada sobre una capa menos permeable, y el agua contenida en la zona saturada de la formación” (art. 2.a). Es un acuífero transfronterizo el que tiene partes situadas en distintos Estados (art. 2.c)

Cada Estado del acuífero tiene soberanía sobre la parte situada en su territorio y debe utilizarlo con arreglo al principio de la utilización equitativa y razonable, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, como la población que depende del acuífero en cada Estado del acuífero, las necesidades económicas, sociales y de otro tipo, presentes y futuras, de los Estados del acuífero y las características naturales de este, entre otros factores. Existe la obligación de no causar un daño sensible, así como la obligación general de cooperar. Además, los Estados del acuífero tienen la obligación de proteger y preservar los ecosistemas, junto con la de prevenir, reducir y controlar la contaminación⁶.

Estas reglas son válidas también para los sistemas acuíferos. Un sistema acuífero es “una serie de dos o más acuíferos que están conectados hidráulicamente” (art. 2. b), y un sistema acuífero transfronterizo es el que tiene partes situadas en distintos Estados.

El uso sustentable de un acuífero por un Estado que ocupa territorio perteneciente a otro Estado o a un pueblo al que se reconoce derecho a la libre determinación es un punto sin solucionar en el proyecto de artículos (Rodríguez, 2008, pp. 113-114). Dicho sea de paso, el principio de la soberanía permanente de los pueblos bajo ocupación extranjera sobre sus recursos naturales ha sido reafirmado por la Asamblea General en su resolución 75/236, aprobada el 21 de diciembre de 2020.

⁵En la resolución 68/118, de 16 de diciembre de 2013, la Asamblea General ha señalado a la atención de los gobiernos el proyecto de artículos que figura en el anexo de la resolución a fin de que les sirva de orientación en los acuerdos y arreglos bilaterales o regionales para la adecuada gestión de los acuíferos transfronterizos. Resoluciones posteriores han reiterado los términos de aquella resolución.

⁶Proyecto de artículos de la CDI, artículos 3 a 12.

10.6. Acuífero Guaraní

El 2 de agosto de 2010, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay firmaron el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, conviniendo en que el Sistema Acuífero Guaraní es un recurso hídrico transfronterizo que integra su respectivo dominio territorial soberano y que “son los únicos titulares de ese recurso” (art. 1).

Cada parte ejerce soberanía sobre su respectiva porción del sistema acuífero y el derecho soberano de promover la gestión, el monitoreo y el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos a que se refiere el Acuerdo, y los utilizará según criterios de uso racional y sustentable, “respetando la obligación de no causar daño sensible a las demás partes ni al medio ambiente”. Las partes promoverán la conservación y la protección ambiental del Sistema Acuífero Guaraní “de manera de asegurar el uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de sus recursos hídricos”, y cuando se propongan emprender estudios, actividades u obras con respecto a la porción del Sistema Acuífero Guaraní localizada en su territorio que puedan tener efecto más allá de sus respectivas fronteras deberán actuar de conformidad con los principios y normas del Derecho Internacional aplicables.

Además, las partes que realicen actividades u obras de aprovechamiento y explotación del recurso hídrico en sus respectivos territorios adoptarán todas las medidas necesarias para evitar que se causen perjuicios sensibles a las demás partes o al medio ambiente. Cuando se cause perjuicio sensible, la parte cuyo uso lo cause está obligada a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar o reducir el perjuicio⁷.

Cada parte deberá informar a las otras de todas las actividades y obras que se proponga ejecutar o autorizar en su territorio que puedan tener efectos en el Sistema Acuífero Guaraní más allá de sus fronteras (art. 9). La cooperación entre las partes se concretará a través de programas de cooperación orientados a ampliar el conocimiento técnico y científico sobre dicho Sistema, promover el intercambio de informaciones y prácticas de gestión, así como desarrollar proyectos comunes (art. 12).

10.7. Ciertos cursos de agua internacionales en particular

a) El Río de la Plata tiene ciertos caracteres típicos del mar; por ejemplo, la salinidad de las aguas, que se va acentuando a medida que se aproxima al océano, y la presencia de mareas, simultáneamente con otros caracteres propios de los ríos,

⁷Artículos 1 a 7 del Acuerdo.

como por ejemplo la existencia de corrientes y el declive que presentan las costas (Jiménez de Aréchaga, 1961). Para decirlo de manera más precisa, las aguas del Plata son dulces y se vuelven salobres en la parte inferior. Otras razones que indican que se trata de un río, no de una entrada del mar, son “que se forma un delta y que, al chocar con las aguas del mar, se forman bancos de arena” (Lobato Halajczuk et al., 2015, p. 503).

El Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo sostiene la tesis fluvial, ya adoptada en la Declaración Conjunta sobre el Límite Exterior del Río de la Plata de 1961.

El Río de la Plata tiene una anchura inicial de 1,7 kilómetros y un ancho total de 221 kilómetros en la línea de la desembocadura que une Punta del Este (Uruguay) con Punta Rasa del Cabo San Antonio (Argentina), y fue llamado por los españoles río de Solís o Mar Dulce.

b) Cada parte tiene derecho exclusivo de pesca en su respectiva franja costera. En la zona común o compartida, “las Partes se reconocen mutuamente la libertad de pesca en el río para los buques de sus banderas” (art. 53).

c) Cada parte está obligada a proteger y preservar el medio acuático y a prevenir su contaminación, debiendo informar a la otra parte sobre toda norma que prevea dictar en relación con la contaminación de las aguas, y tiene derecho a realizar estudios e investigaciones de carácter científico en todo el río, a condición de dar aviso previo a la otra parte y de hacerle conocer los resultados obtenidos. Además, cada parte tiene derecho a participar en todas las fases de cualquier estudio o investigación que realice la otra. Es lo previsto en el artículo 57, mientras que el artículo 58 dispone que las partes “promoverán la realización de estudios conjuntos de interés común y, en especial, los relativos al levantamiento integral del río”.

d) La Comisión Administradora del Río de la Plata está compuesta de igual número de delegados por cada una de las partes (cinco), tiene su sede en la Isla Martín García y cumple, entre otras, la función de promover la realización conjunta de estudios e investigaciones de carácter científico y la de dictar normas reguladoras de la actividad de pesca en el río en relación con la conservación y preservación de los recursos vivos (art. 66).

e) El frente marítimo del Río de la Plata se extiende desde la línea recta imaginaria que une Punta del Este con Punta Rasa del Cabo San Antonio. La anchura del mar territorial y de la zona contigua se mide con arreglo al artículo 13 de la Convención de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958. Ambas partes garantizan la

libertad de navegación y de sobrevuelo en los mares bajo sus respectivas jurisdicciones más allá de las doce millas marinas medidas desde las correspondientes líneas de base y en la desembocadura del Río de la Plata a partir de su límite exterior, sin otras restricciones que las previstas en el artículo 72. Establecen además una zona común de pesca para los buques de su bandera debidamente matriculados.

Del Castillo (2005) explica que la zona común de pesca creada por el Tratado constituye una zona de naturaleza jurídica propia para los dos Estados partes, que no altera el régimen general establecido por el derecho del mar para los espacios marítimos sobre los que se extiende. La ZCP incorpora el mar territorial en el límite exterior del Río de la Plata y lo excluye en las zonas costeras. El régimen de la ZCP solo produce efectos para sus ribereños y no se aplica con respecto a terceros Estados, que se rigen por el régimen del mar territorial y de la zona económica exclusiva, posteriormente incorporada en la Convención de 1982 (p. 200).

Cabe recordar que en el momento en que se negociaba el Tratado venían tiempos de cambio en el Derecho del Mar. En la Declaración de Yaoundé de 1972 aparece la denominación “zona económica exclusiva” para el espacio marítimo sobre el que varios Estados ya habían proyectado derechos a través de su legislación, encontrándose Argentina y Uruguay en esa lista. Se estaba extendiendo una tendencia conocida como *creeping jurisdiction* (Del Castillo, 2005, p. 192).

Los negociadores del Tratado, al incluir en el texto el espacio ampliado de la zona común de pesca, apoyaron el creciente consenso en torno a la zona económica exclusiva, convirtiéndose el Tratado del Río de la Plata en un precedente del reconocimiento de ese nuevo espacio (Del Castillo, 2005, p. 193). En este sentido, se advierte que las partes adoptaron para el frente marítimo del Río de la Plata y la zona común de pesca que se establece en su marco el criterio de las 200 millas marinas de extensión (art. 73).

Una Comisión Técnica Mixta compuesta de igual número de delegados por cada parte tiene por cometido realizar estudios y adoptar y coordinar planes y medidas sobre la conservación, preservación, explotación racional de los recursos vivos y protección del medio marino en la zona de interés común.

f) La Declaración sobre el Límite Exterior del Río de la Plata proclama que este límite, “divisorio de las aguas de dicho río y el Océano Atlántico, es la línea recta imaginaria que une Punta del Este en el Uruguay con Punta Rasa del Cabo San Antonio en la Argentina”. Dicha “línea divisoria será también la línea de base para fijar las respectivas fajas de mar territorial y zonas contiguas y adyacentes” (art. 2).

g) El Tratado de Límites de 1961 reconoce a ambas partes “la más amplia libertad de navegación” en el tramo del río Uruguay que delimita, “incluso para sus buques de guerra”, y reafirma “para los buques de todas las banderas la libertad de navegación tal como se encuentra establecida por sus respectivas legislaciones internas y por tratados internacionales vigentes” (art. 5). El artículo 7 del Tratado prevé que las partes acordarán el estatuto del río, que contendrá disposiciones sobre seguridad de la navegación, pilotaje, mantenimiento del dragado y balizamiento, relevamientos hidrográficos, conservación de los recursos vivos y prevención de la contaminación.

h) El Estatuto del Río Uruguay establece que cada parte tendrá derecho “de aprovechar las aguas del río, dentro de su jurisdicción, para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas” (art. 27). Cuando el aprovechamiento sea de cantidad suficiente para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas la parte interesada debe comunicar el respectivo proyecto a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) para que esta determine si puede producir perjuicio sensible a la otra parte⁸. Además, “cada Parte será responsable, frente a la otra, por los daños inferidos como consecuencia de la contaminación causada por sus propias actividades o por las que en su territorio realicen personas físicas o jurídicas” (art. 42).

10.8. El agua, los recursos hídricos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible

El Objetivo 6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible es garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. En relación con este Objetivo, algunas de las metas acordadas hasta 2030 son aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren la falta de ese elemento vital, así como “implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda”, además de “proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos”⁹.

En su resolución 64/292, aprobada el 28 de julio de 2010, la Asamblea General reconoció que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano

⁸Según el procedimiento previsto en los artículos 7 a 12 del Estatuto.

⁹Documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, aprobado por resolución 70/1 de la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015.

esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, reconocimiento que reiteró en 2013 en la resolución 68/157. Posteriormente, la Asamblea General ha afirmado que “los derechos al agua potable y al saneamiento como componentes del derecho a un nivel de vida adecuado son esenciales para el pleno disfrute del derecho a la vida y de todos los derechos humanos”, reconociendo que, en virtud del derecho humano al agua potable, toda persona, sin discriminación, tiene derecho a agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico, y que, en virtud del derecho humano al saneamiento, toda persona, sin discriminación, tiene derecho al acceso, desde el punto de vista físico y económico, en todas las esferas de la vida, a un saneamiento salubre, higiénico, seguro, social y culturalmente aceptable, que proporcione intimidad y garantice la dignidad¹⁰.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que “el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos”. Aclara el Comité que en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se enumeran derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado y, si bien no aparece mencionado allí el derecho al agua, el uso de la palabra “incluso” en esa norma indica que la enumeración de derechos no es exhaustiva, siendo indudable que “el derecho al agua encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”¹¹.

Los Estados partes deben garantizar que los recursos hídricos naturales estén a resguardo de la contaminación por sustancias nocivas y microbios patógenos. Análogamente, deben supervisar y combatir las situaciones en que los ecosistemas acuáticos sirvan de hábitat para los vectores de enfermedades que puedan plantear un riesgo para el hábitat humano, puntualiza el Comité en el párrafo 8 de su Observación general N° 15. En marzo de 2018, el Grupo de Alto Nivel sobre el Agua presentó su documento final *Making every drop count: an agenda for water action*, del cual la Asamblea General ha tomado nota¹².

Regresar al Sumario

¹⁰Resolución 70/169, de 17 de diciembre de 2015. En la misma resolución, la Asamblea General reafirma que ambos derechos son componentes del derecho a un nivel de vida adecuado y acoge con beneplácito el sexto Objetivo de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

¹¹Observación general N° 15, 2002, párr. 3.

¹²Resolución 74/193, de 18 de diciembre de 2019.

11. Derecho del Mar

11.1. Concepto y evolución

Conservar y utilizar de manera sostenible los océanos, los mares y los recursos marinos es el Objetivo 14 de los Objetivos de desarrollo sostenible definidos en el documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, aprobado por la resolución 70/1 de la Asamblea General.

El Derecho del Mar es “la rama del derecho internacional público que regula los derechos y obligaciones de los Estados en los distintos espacios marítimos”, ocupándose de definir cada uno de ellos, establecer sus límites máximos y los derechos y obligaciones de los Estados ribereños y de terceros Estados (en algunos supuestos también en el espacio aéreo suprayacente), y fijar reglas o criterios para la delimitación de dichos espacios en el caso de Estados con costas enfrentadas o adyacentes (González Napolitano, 2015, p. 543).

En su evolución encontramos una primera fase caracterizada por el reconocimiento de la soberanía de los Estados ribereños sobre una franja de mar adyacente a su territorio, quedando el resto del mar en condición de libertad. En el siglo XVIII, Cornelius Van Bynkershoek propuso que la soberanía del Estado ribereño se extendiera a la franja de mar adyacente hasta donde llegara un disparo de cañón, lanzado desde la costa. Este criterio, basado en la idea de que el *imperium* del Estado termina donde termina el poder de las armas, dio origen a la regla de las tres millas marinas, distancia a la que llegaban entonces las balas de cañón.

La regla de las tres millas llegó a ser aceptada durante el siglo XIX por Gran Bretaña, Estados Unidos y Alemania, entre otros países, incorporándose en varios tratados bilaterales, pero nunca llegó a tener validez universal.

En 1930, en la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional que tuvo lugar en La Haya bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, se acordó que el territorio de un Estado incluye una faja de mar descrita como mar territorial, así como el espacio aéreo suprayacente, lo mismo que el lecho y el subsuelo, pero

no se obtuvo acuerdo sobre su extensión. La CDI trabajó entre 1949 y 1957 en temas de Derecho del Mar, incluyendo el mar territorial y su extensión. En 1954, en su informe a la Asamblea General, reportó que había recibido varias propuestas, haciendo hincapié en la dificultad en lograr consenso.

Luego que la Asamblea General decidiera convocar a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinara el Derecho del Mar, incorporando el resultado de sus trabajos en una o más convenciones o en los instrumentos que juzgara apropiados¹, se celebró la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en Ginebra, en 1958. Si bien no se alcanzó acuerdo general respecto de la extensión del mar territorial, se adoptaron cuatro convenciones: la de Mar Territorial y Zona Contigua, la de Alta Mar, la de Plataforma Continental y la de Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de Alta Mar.

En la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Ginebra, 1960), se presentaron dos propuestas: a) una que reconocía el derecho del Estado ribereño a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite de 12 millas marinas; b) otra, la de Estados Unidos y Canadá, propiciaba un mar territorial de seis millas y otras seis millas de zona pesquera con carácter exclusivo para el Estado ribereño. Ninguna de las propuestas alcanzó los dos tercios necesarios para su adopción (Illanes Fernández, 1974, p. 8).

Las primeras sesiones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar tuvieron lugar en noviembre de 1973, y al cabo de once períodos de sesiones se adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982. El 16 de noviembre de 1993 Guyana depositó su instrumento de ratificación de la CONVEMAR, reuniéndose así el número de sesenta ratificaciones o adhesiones requerido y doce meses después la Convención entró en vigor.

No se podrán formular reservas ni excepciones a la Convención, salvo las expresamente autorizadas (art. 309)². Además, en las relaciones entre los Estados partes, prevalecerá sobre las Convenciones de Ginebra sobre el Derecho del Mar (art. 311.1). No solo los Estados pueden ser partes en la CONVEMAR, sino también las organizaciones internacionales, con arreglo al Anexo IX.

La Convención crea una organización internacional, la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, así como un órgano de carácter técnico, la Comisión de

¹Resolución 1105 (XI), 21 de febrero de 1957.

²Hay unos pocos artículos que autorizan excepciones. Así, el artículo 298.1 se refiere a excepciones facultativas a la aplicabilidad de la Sección 2 de la Parte XV de la Convención.

Límites de la Plataforma Continental, y un tribunal, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Dos de los nueve anexos se refieren a dichos órganos. Los anexos son parte integrante de la Convención (art. 318).

Algunos Estados industrializados no estaban de acuerdo con la Parte XI de la Convención, que regula la zona internacional de los fondos marinos y el funcionamiento de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. En consecuencia, el objetivo de lograr la participación universal en la Convención parecía muy lejano al cabo de varios años de su adopción. Por esta razón, el Secretario General de las Naciones Unidas inició en 1990 consultas oficiosas con el fin de alcanzar el acuerdo necesario. El proceso culminó en 1994 con la adopción por la Asamblea General del Acuerdo Relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención sobre el Derecho del Mar³. El Acuerdo entró en vigor en 1996.

Mediante resolución 70/226, la Asamblea General decidió convocar a alto nivel la Conferencia de las Naciones Unidas para Apoyar la Consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 14. Luego, a través de la resolución 71/312, la Asamblea General hizo suya la declaración titulada “Nuestros océanos, nuestro futuro, llamamiento a la acción”, aprobada por dicha Conferencia, que se celebró del 5 al 9 de junio de 2017. La Conferencia de las Naciones Unidas de 2020 para Apoyar la Implementación del Objetivo de Desarrollo Sostenible 14 no se pudo realizar como consecuencia de la pandemia de COVID-19. Del 27 de junio al 1 de julio de 2022, se celebró en Lisboa una nueva Conferencia de las Naciones Unidas para Apoyar la Implementación del Objetivo de Desarrollo Sostenible 14, organizada conjuntamente por Kenia y Portugal, en la que se aprobó la declaración titulada “Nuestros océanos, nuestro futuro, nuestra responsabilidad”, que la Asamblea General hizo suya mediante la resolución 76/296.

El 24 de diciembre de 2017 la Asamblea General aprobó la resolución 72/249 convocando una conferencia intergubernamental, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a fin de examinar las recomendaciones del Comité Preparatorio sobre los elementos del texto de un instrumento internacional jurídicamente vinculante en el marco de la CONVEMAR relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional, y de redactar dicho texto, con miras a elaborar el instrumento lo antes posible.

Por medio de la resolución 76/72 la Asamblea General decidió dedicar dos días de sesiones plenarias de su septuagésimo séptimo período de sesiones, los días 8 y 9 de diciembre de 2022, al examen del tema titulado “Los océanos y el derecho del mar”

³XI de la Convención sobre el Derecho del Mar

y a la conmemoración del 40° aniversario de la adopción y apertura a la firma de la Convención, incluido un reconocimiento especial del papel crucial desempeñado por el Embajador Arvid Pardo, de Malta. Y a través de la resolución 77/5, de 2 de noviembre de 2022, decidió aprobar, en relación con la organización con esas sesiones plenarias, las disposiciones que figuran en el anexo de la resolución.

11.2. Mar territorial y aguas interiores

La franja de mar adyacente al territorio de un Estado, que se extiende más allá de las aguas interiores, es el mar territorial. Sobre las aguas, el lecho y el subsuelo de dicha franja, y el espacio aéreo suprayacente, el Estado ribereño ejerce soberanía, según el artículo 2 de la CONVEMAR, debiendo ajustarse a la Convención y a otras normas de Derecho Internacional.

Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas (art. 3). En 1991, la extensión del mar territorial argentino ya se había fijado en 12 millas marinas⁴.

El límite exterior del mar territorial es una línea que corre paralela al límite interior, pues cada uno de sus puntos “está, del punto más próximo de la línea de base, a una distancia igual a la anchura del mar territorial” (art. 4).

Salvo disposición en contrario de la Convención, la línea de base normal para medir la anchura del mar territorial es la línea de bajamar a lo largo de la costa, tal como aparece marcada en las cartas reconocidas oficialmente por el Estado ribereño (art. 5).

Cuando existan islas situadas en atolones o islas bordeadas por arrecifes, “la línea de base para medir la anchura del mar territorial es la línea de bajamar del lado del arrecife que da al mar”, precisa el artículo 6. Hay que tener en cuenta que detrás del arrecife (bancos formados por piedras, puntas de roca o políperos, casi a flor de agua) se forma una laguna. Estas aguas constituyen aguas interiores (González Napolitano y Vernet, 2015).

En los lugares en que la costa tenga profundas aberturas y escotaduras o en los que haya una franja de islas a lo largo de la costa, situada en su proximidad inmediata, puede adoptarse, como método para trazar la línea de base desde la que ha de medirse el mar territorial, el de líneas de base rectas que unan los puntos apropiados (art. 7.1), no debiendo el trazado de estas líneas apartarse de una manera apreciable de la dirección general de la costa, y las zonas de mar situadas del lado

⁴Ley 23.968, B.O. del 5 de diciembre de 1991.

de tierra de las líneas “han de estar suficientemente vinculadas al dominio terrestre para estar sometidas al régimen de aguas interiores”.

Las aguas situadas hacia el lado de adentro de las líneas de base “forman parte de las aguas interiores del Estado”, salvo que se trate de aguas archipelágicas (art. 8.1). Cuando el trazado de una línea de base, de conformidad con el método de líneas de base rectas, “produzca el efecto de encerrar como aguas interiores aguas que anteriormente no se consideraban como tales, existirá en esas aguas un derecho de paso inocente” (art. 8.2).

“Si un río desemboca directamente en el mar, la línea de base será una línea recta trazada a través de la desembocadura entre los puntos de la línea de bajamar de sus orillas” (art.9). Las aguas situadas hacia adentro de la línea de base no son aguas interiores sino aguas fluviales, porque solo cabe considerar aguas interiores a las aguas marítimas que se hallan entre la línea de base recta y la costa (Barberis, 2000, p. 69).

El artículo 10 pone el foco en las bahías, refiriéndose “únicamente a las bahías cuyas costas pertenecen a un solo Estado”. Una bahía es “una entrada profunda del mar en el territorio” (González Napolitano y Vernet, 2015, p. 573). El término “bahía” se usa de manera genérica, sin distinguir entre bahías y golfos.

Según el artículo 11, las construcciones portuarias permanentes más alejadas de la costa que formen parte integrante del sistema portuario se consideran parte de la costa a los efectos de la delimitación del mar territorial, y “las instalaciones costa afuera y las islas artificiales no se considerarán construcciones portuarias permanentes”. Además, “las radas utilizadas normalmente para la carga, descarga y fondeo de buques, que de otro modo estarían situadas en todo o en parte fuera del trazado general del límite exterior del mar territorial, están comprendidas en el mar territorial” (art. 12).

“Una elevación que emerge en bajamar es una extensión natural de tierra rodeada de agua que se encuentra sobre el nivel de ésta en la bajamar, pero queda sumergida en la pleamar”, comienza diciendo el artículo 13.1 de la Convención en alusión a lo que también se conoce como bajíos o bancos. Cuando una elevación de esas características esté total o parcialmente a una distancia del continente o de una isla que no exceda la anchura del mar territorial, la línea de bajamar de esta elevación podrá ser utilizada como línea de base para medir la anchura del mar territorial. Por lo tanto, las aguas situadas entre la elevación y el continente o la isla son aguas interiores.

En cambio, “cuando una elevación que emerge en bajamar esté situada en su totalidad a una distancia del continente o de una isla que exceda la anchura del mar territorial, no tendrá mar territorial propio” (art. 13.2).

Finalmente, vale recordar que las líneas de base sirven a una doble función: delimitan las aguas interiores de un Estado de las aguas externas, proveyendo también las líneas desde las cuales los límites exteriores de las zonas marítimas se medirán. Todas las aguas que están hacia el lado de tierra de las líneas de base son aguas interiores, mientras que las aguas hacia el lado del mar de las líneas de base son el principal objeto del Derecho del Mar (Buerghenthal y Murphy, 2007, p. 270).

11.3. Derecho de paso inocente

a) Los buques de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, tienen derecho de paso inocente a través del mar territorial (art. 17).

La Convención explica el significado de paso (art. 18) y de paso inocente (art. 19). Lo primero es el hecho de navegar por el mar territorial con el fin de atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores ni hacer escala en una rada o una instalación portuaria fuera de las aguas interiores, o para dirigirse hacia las aguas interiores o salir de ellas, o hacer escala en una de esas radas o instalaciones portuarias o salir de ellas. El paso ha de ser rápido e ininterrumpido. No obstante, comprende la detención y el fondeo, pero solo en la medida que sean incidentes normales de la navegación o sean impuestos al buque por fuerza mayor o dificultad grave o se realicen con el fin de auxiliar a personas, buques o aeronaves en peligro o dificultad grave (art. 18.2).

El paso es inocente cuando no resulta perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño. La Convención enumera supuestos en los cuales el paso no es inocente: cualquier amenaza o uso de la fuerza; cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase; cualquier acto orientado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño; el lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves o dispositivos militares, así como embarcar o desembarcar cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y los reglamentos aduaneros, fiscales, migratorios o sanitarios del ribereño; realizar cualquier acto de contaminación intencional y grave, actividades de pesca, de investigación o levantamientos hidrográficos, o cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones u otros servicios o instalaciones de dicho Estado, entre otras actividades expresamente mencionadas en el párrafo 2 del artículo 19. La enumeración no es taxativa, porque la realización de cualquier otra actividad que no

esté directamente relacionada con el paso también puede ser perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño, como aclara el artículo 19.2.1.

Según el artículo 20, “en el mar territorial, los submarinos y cualesquiera otros vehículos sumergibles deberán navegar en la superficie y enarbolar su pabellón”.

b) El Estado ribereño, ajustándose a las disposiciones de la CONVEMAR y a otras normas de Derecho Internacional, podrá dictar leyes y reglamentos sobre todas o algunas de las materias mencionadas en el artículo 21, entre las que figuran la seguridad de la navegación, la conservación de los recursos vivos, la preservación del medio ambiente y la prevención, reducción y control de su contaminación, además de la prevención de infracciones a normas aduaneras, fiscales, de inmigración y sanitarias. Se dará debida publicidad a tales leyes y reglamentos, que deben observar los buques extranjeros que ejerzan el derecho de paso inocente (art. 21.4).

c) A los deberes del ribereño se refiere el artículo 24, diciendo que no pondrá dificultades al paso inocente; en especial, se abstendrá de imponer a los buques extranjeros requisitos cuyo efecto práctico sea el de denegar u obstaculizar ese derecho, o de discriminar de hecho o de derecho a los buques de un Estado determinado o a los buques que transporten mercancías hacia o desde un Estado determinado o por cuenta de ese Estado. Además, debe dar “a conocer de manera apropiada todos los peligros que, según su conocimiento, amenacen a la navegación en su mar territorial”.

d) La CONVEMAR consagra también derechos de protección del Estado ribereño (art. 25), como el de tomar en su mar territorial las medidas necesarias a fin de impedir todo paso que no sea inocente, pudiendo incluso suspender temporalmente el paso inocente en ciertas áreas de su mar territorial.

e) Durante el paso por el mar territorial, los buques extranjeros no estarán sometidos a la jurisdicción penal del Estado ribereño, sino a la del Estado del pabellón, en relación con un delito cometido a bordo del buque, salvo en los supuestos del artículo 27.

Estas disposiciones “no afectan al derecho del Estado ribereño a tomar cualquier medida autorizada por sus leyes para proceder a detenciones e investigaciones a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial procedente de aguas interiores” (art. 27.2) Si el buque procede de un puerto extranjero y solo realiza un paso lateral por el mar territorial, sin entrar en las aguas interiores, el Estado ribereño no puede tomar medida alguna, a bordo del buque, para detener a ninguna persona ni practicar diligencias con motivo de un delito cometido antes de que el buque haya entrado en su mar territorial (art. 27.5).

g) El artículo 28 se refiere a la jurisdicción civil en relación con buques extranjeros y permite al Estado ribereño adoptar medidas de ejecución o medidas cautelares “como consecuencia de obligaciones contraídas por dichos buques o responsabilidades en que éstos hayan incurrido durante su paso por las aguas del Estado ribereño o con motivo de ese paso” (art. 28.2).

h) El derecho de paso inocente también puede ser ejercido por buques de guerra. Cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos relativos al paso por el mar territorial y no acate la invitación que se le haga para que los cumpla, el Estado ribereño podrá exigir que salga inmediatamente del mar territorial (art. 30)⁵.

El Estado del pabellón incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daño que sufra el Estado ribereño como resultado del incumplimiento, por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales, de las leyes y reglamentos aplicables o de las disposiciones de la Convención u otras normas de Derecho Internacional (art. 31), sin perjuicio de las inmunidades de esos buques (art. 32).

11.4. Zona contigua

El artículo 33.1 establece que en una zona contigua a su mar territorial el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial, y para sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial. “La zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial” (art. 33.2).

La Convención vuelve a la zona contigua en el artículo 303 diciendo que a fin de fiscalizar el tráfico de objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en el mar, el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción de esos objetos de los fondos marinos de la zona contigua sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo. En realidad, el lecho y el subsuelo más

⁵Según el artículo 29 de la Convención, un buque de guerra es todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares.

allá del mar territorial es plataforma continental, de la que forma parte la llamada “zona arqueológica”.

11.5. Estrechos utilizados para la navegación internacional

a) De acuerdo con un criterio geográfico, un estrecho es una contracción del mar entre dos espacios terrestres -dos continentes, continente e isla o dos islas- que comunica dos espacios marítimos. Se trata de un paso natural angosto que puede separar territorios de un mismo Estado, como el estrecho de Le Maire, que separa Tierra del Fuego de la Isla de los Estados, o de dos o más Estados.

Hay estrechos tan angostos que sus aguas tienen la naturaleza jurídica de mar territorial (González Napolitano, 2015, p. 648). Uno de ellos es el estrecho de Messina, que separa la parte continental de Italia de la isla de Sicilia. Otro estrecho de esas características es el de Gibraltar, que separa España de Marruecos. Ciertos estrechos son más amplios, como el de Sicilia, entre Italia y Túnez.

La noción geográfica de estrecho difiere de la noción jurídica, pues esta última incorpora un elemento funcional, consistente en la utilización del estrecho para la navegación internacional⁶. El estrecho de Magallanes, el estrecho de los Dardanelos o el estrecho del Bósforo son algunos estrechos utilizados para la navegación internacional.

b) El régimen de paso en tránsito se aplica a los estrechos utilizados para la navegación internacional entre una parte de alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de alta mar o de una zona económica exclusiva (art. 37), como el estrecho de Gibraltar. En estos estrechos, todos los buques (mercantes o de guerra) y todas las aeronaves (civiles o de Estado) gozan del derecho de paso en tránsito, que no será obstaculizado (art. 38.1). Se entiende por paso en tránsito el ejercicio de la libertad de navegación y de sobrevuelo exclusivamente para el tránsito rápido e ininterrumpido por el estrecho, lo cual no impedirá el paso para entrar en un Estado ribereño del estrecho, para salir de dicho Estado o para regresar de él, con sujeción a las condiciones que regulen la entrada a ese Estado (art. 38.2). Toda actividad que no constituya un ejercicio del derecho de paso en tránsito quedará sujeta a las demás disposiciones aplicables de la Convención (art. 38.3). Por su parte, los Estados ribereños no obstaculizarán el paso en tránsito y darán a conocer de manera apropiada cualquier peligro que, según su conocimiento, amenace a la navegación o al sobrevuelo del estrecho, y no habrá suspensión alguna del paso en tránsito (art. 44).

⁶CIJ, caso del *Estrecho de Corfú*, *Recueil*, 1949, pp. 28-29.

He ahí una diferencia con el paso inocente, que puede ser suspendido. Otra diferencia reside en que durante el paso en tránsito los submarinos pueden navegar en inmersión. Además, el paso en tránsito comprende a las aeronaves; en cambio, el paso inocente sólo está previsto respecto de los buques. Existen otras diferencias entre ambos regímenes, pero las mencionadas demuestran hasta qué punto los Estados con mayor poder hicieron valer sus intereses estratégicos.

c) ¿Qué obligaciones pesan sobre los buques y aeronaves durante el paso en tránsito? Según el artículo 39, deben avanzar sin demora, abstenerse de toda amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de los Estados ribereños del estrecho o que en cualquier otra forma viole los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.

Los Estados ribereños podrán dictar leyes y reglamentos relativos al paso en tránsito que versen sobre todos o algunos de los puntos mencionados en el artículo 42, entre ellos la seguridad de la navegación y la reglamentación del tráfico marítimo de conformidad con el artículo 41, la prevención, reducción y control de la contaminación, la prohibición de la pesca (en el caso de buques pesqueros). Tales leyes y reglamentos no se aplicarán de manera que en la práctica surtan el efecto de negar, obstaculizar o menoscabar el derecho de paso en tránsito (art. 42.2).

d) Según el artículo 45.1.a, el régimen de paso inocente se aplica a los estrechos excluidos del régimen de paso en tránsito por el artículo 38.1, es decir, a los estrechos formados por una isla de un Estado ribereño de un estrecho y su territorio continental cuando del otro lado de la isla exista una ruta de alta mar o que atraviese una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en lo que respecta a sus características hidrográficas y de navegación. También se aplica a los estrechos situados entre una parte de alta mar o de una zona económica exclusiva y el mar territorial de otro Estado (art. 45.1.b). El estrecho de Messina responde a la primera caracterización, y el estrecho de Tirán, entre el Golfo de Akaba y el Mar Rojo, a la segunda. Rigen las disposiciones de la Sección 3 de la Parte II (art. 45.1), pero no habrá suspensión alguna del paso inocente (art. 45.2).

e) El artículo 36 establece que la Parte III de la CONVEMAR no se aplicará a los estrechos utilizados para la navegación internacional por los que pasa una ruta de alta mar o una ruta que atraviesa una zona económica exclusiva, igualmente conveniente en cuanto a características hidrográficas y de navegación. Se refiere a los estrechos “amplios”, como el estrecho de Sicilia, que superan la anchura del mar territorial (de uno o más Estados) y, en consecuencia, incluyen una franja de

zona económica exclusiva o de alta mar. En tales rutas son de aplicación las partes pertinentes de la Convención, incluyendo las disposiciones relativas a la libertad de navegación y sobrevuelo, pero si el estrecho no incluye una ruta de alta mar o de zona económica exclusiva igual de conveniente que la del mar territorial aquella parte de la Convención no dejará de aplicarse.

f) El régimen jurídico de los estrechos en los cuales el paso esté regulado total o parcialmente por convenciones internacionales de larga data y aún vigentes no resulta afectado por las disposiciones de la Parte III (art. 35.c). En este supuesto, se aplica dicho régimen.

El Tratado de Límites entre Argentina y Chile (1881) es una convención de larga data que establece que el Estrecho de Magallanes queda neutralizado a perpetuidad y asegurada su libre navegación para las banderas de todas las naciones, y que no se construirán en las costas fortificaciones ni defensas militares que puedan contrariar ese propósito (art. 5).

11.6. Estados archipelágicos

El apartado a) del artículo 46 dice que, para los efectos de la Convención, un Estado archipelágico es “un Estado constituido totalmente por uno o varios archipiélagos y que podrá incluir otras islas”, mientras que el apartado b) del mismo artículo deja en claro que el término “archipiélago” hace referencia a un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales, que estén tan estrechamente relacionados entre sí que formen una entidad geográfica, económica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tal.

Los Estados archipelágicos podrán trazar líneas de base archipelágicas rectas que unan los puntos extremos de las islas y los arrecifes emergentes más alejados del archipiélago, a condición de que dentro de esas líneas queden comprendidas las principales islas y un área en la que la relación entre la superficie marítima y la terrestre, incluidos los atolones, sea entre 1 a 1 y 9 a 1. La longitud de tales líneas no excederá de cien millas marinas, pero hasta un 3% de ellas puede alcanzar hasta un máximo de 125 millas, no debiendo el trazado desviarse apreciablemente de la configuración general del archipiélago. Las líneas no se trazarán hacia elevaciones que emerjan en bajamar o a partir de estas, a menos que se hayan construido allí faros o instalaciones análogas que estén permanentemente sobre el nivel del mar, o que la elevación esté situada total o parcialmente a una distancia de la isla más próxima que no exceda de la anchura del mar territorial (art. 47).

La anchura del mar territorial, de la zona contigua, de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental se medirá a partir de las líneas de base archipelágicas (art. 48). La soberanía de un Estado archipelágico se extiende a las aguas encerradas por esas líneas, denominadas aguas archipelágicas, con independencia de su profundidad o de su distancia de la costa, así como al espacio aéreo situado sobre las aguas archipelágicas, al lecho y al subsuelo y a los recursos contenidos en ellos (art. 49).

Dentro de las aguas archipelágicas, el Estado archipelágico puede trazar líneas de cierre (líneas de base rectas) para la delimitación de las aguas interiores en la desembocadura de ríos, bahías o puertos (art. 50).

Según el artículo 52, los buques de todos los Estados gozan del derecho de paso inocente a través de las aguas archipelágicas, que debe ejercerse de conformidad con lo previsto respecto del mar territorial, pudiendo los Estados archipelágicos suspender temporalmente en determinadas áreas el paso inocente, si fuere indispensable para la protección de su seguridad. Los artículos 53 y 54 permiten que en las vías marítimas y rutas aéreas que el Estado archipelágico designe se aplique un régimen similar al del paso en tránsito a que se refiere el artículo 37.

La CONVEMAR no se ocupa de los archipiélagos de Estado, también llamados continentales o costeros por oposición a los oceánicos (que se encuentran a considerable distancia de un continente, como las Maldivas). Aquellos forman parte de Estados que tienen además territorio continental, como Canadá, Ecuador o España, entre otros.

11.7. Zona económica exclusiva

El espacio marítimo al que nos referiremos a continuación fue consolidándose de a poco hasta su consagración definitiva en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar, que respaldó la práctica de aquellos Estados que ya habían incorporado a su Derecho interno disposiciones al respecto⁷.

a) Entre los antecedentes a considerar se destaca la Declaración de Santo Domingo (1972), que incorporó el término “mar patrimonial”. El Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre los recursos naturales, tanto renovables como no renovables, que se encuentran en las aguas, en el lecho y en el subsuelo de una zona adyacente

⁷En Argentina se sancionó y promulgó la ley 17.094 (B.O., 10 de enero de 1967) extendiendo la soberanía nacional al mar adyacente al territorio del país hasta una distancia de doscientas millas marinas, medidas desde la línea de las más bajas mareas, salvo en los casos de los Golfos San Matías. Nuevo y San Jorge, en que se medirán desde la línea que une los cabos que forman su boca.

al mar territorial, denominada mar patrimonial, dice la Declaración, agregando que la “anchura del mar patrimonial debe ser objeto de acuerdo internacional, preferentemente de ámbito mundial”.

b) “La zona económica exclusiva es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste”, sujeta al régimen jurídico específico establecido en la Parte V de la Convención (art. 55).

“No se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial” (art. 57). Vale aclarar que el régimen jurídico específico de la ZEE tiene aplicación a partir del límite exterior del mar territorial y que la anchura prevista no es arbitraria, ya que se ha establecido teniendo en cuenta que coincide con el término medio de la extensión de la plataforma continental. Incluso, el Estado ribereño puede proclamar una ZEE más reducida.

En esa zona, el Estado ribereño tiene: a) derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo, y con respecto a otras actividades relacionadas con la exploración y la explotación económicas de la zona, como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos; b) jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de la Convención, con respecto al establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras, a la investigación científica marítima y a la protección y preservación del medio marino; c) otros derechos y deberes previstos en la Convención (art. 56).

El Estado ribereño no tiene soberanía sobre la ZEE sino “derechos de soberanía”. Puede decirse que “no es ‘dueño’ del agua de la zona, aunque sí de los peces que en ella se encuentran” (Míguez, 2015, p. 589). Ahora bien, el hecho de ser el “dueño” de los peces en esa zona no significa que solo él pueda capturarlos. En cuanto a la jurisdicción, su significado y alcance se hacen visibles en las disposiciones pertinentes de la Parte V⁸, así como en otras disposiciones.

Por eso, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes relacionados con este espacio marino, el ribereño debe tener debidamente en cuenta

⁸Así, con arreglo al artículo 60.1, en la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tendrá el derecho exclusivo de construir, así como el de autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de: a) islas artificiales; b) instalaciones y estructuras para los fines previstos en el artículo 56 y para otras finalidades económicas; c) instalaciones y estructuras que puedan interferir el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en la zona.

los derechos y deberes de los demás Estados y actuar de manera compatible con las normas de la Convención, como exige el artículo 56.2.

Además, con arreglo al artículo 56.3, los derechos de soberanía con respecto al lecho del mar y su subsuelo han de ejercerse de conformidad con la Parte VI, relativa a la plataforma continental, pues el lecho y el subsuelo forman parte de ella.

El artículo 58.1 estipula que en la ZEE todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan, con sujeción a las disposiciones pertinentes de la Convención, de las libertades de navegación y sobrevuelo y de tendido de cables y tuberías submarinos, y de otros usos del mar internacionalmente legítimos y que sean compatibles con las demás disposiciones de la Convención. En el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes, los Estados tendrán debidamente en cuenta los derechos y deberes del Estado ribereño y cumplirán las leyes y reglamentos dictados por este, siempre que no sean incompatibles con las disposiciones de la Parte V (art. 58.3).

El Estado ribereño determinará la captura permisible de los recursos vivos en su ZEE (art. 61.1) y asegurará, a través de medidas adecuadas de conservación y administración, que la preservación de los recursos no se vea amenazada por un exceso de explotación (art. 61.2).

Promoverá el objetivo de la utilización óptima de los recursos vivos y determinará su capacidad de captura. Si no tiene capacidad para explotar toda la captura permisible, dará acceso a otros Estados al excedente, mediante acuerdos u otros arreglos (art. 62.2). Al hacerlo, tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos, entre otros, la importancia de los recursos vivos de la zona para la economía del Estado ribereño, el derecho de los Estados sin litoral y de los Estados en situación geográfica desventajosa, así como las necesidades de los Estados en desarrollo de la subregión o región (art. 62.3). Los nacionales de otros Estados que pesquen en la ZEE deben observar las medidas de conservación y las modalidades y condiciones establecidas en las leyes y reglamentos del Estado ribereño, que han de estar en consonancia con la Convención.

Según el artículo 69.1, los Estados sin litoral tendrán derecho a participar, sobre una base equitativa, en la explotación de una parte apropiada del excedente de recursos vivos de las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños de la misma subregión o región. Los Estados desarrollados sin litoral tienen derecho a participar en la explotación de recursos vivos solo en las zonas económicas exclusivas de los Estados ribereños desarrollados de la misma subregión o región (art. 69.4). Para los Estados en situación geográfica desventajosa, se prevé lo mismo que para los Estados sin litoral (art. 70.1). El concepto de Estado en situación geográfica

desventajosa se define en el artículo 70.2.

Las disposiciones de los artículos 69 y 70 no se aplicarán cuando se trate de un Estado ribereño cuya economía dependa abrumadoramente de la explotación de los recursos vivos de su ZEE (art. 71).

c) La delimitación de la ZEE entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se hará por acuerdo entre ellos sobre la base del Derecho Internacional, a fin de llegar a una solución equitativa (art. 74.1). Si no se llega a un acuerdo dentro de un plazo razonable, los Estados interesados recurrirán a los procedimientos previstos en la Parte XV.

“Cuando exista un acuerdo en vigor entre los Estados interesados, las cuestiones relativas a la delimitación de la zona económica exclusiva se resolverán de conformidad con las disposiciones de ese acuerdo” (art. 74.4)⁹.

d) El régimen legal argentino¹⁰ dispone que en la zona económica exclusiva el Estado nacional ejerce derechos de soberanía para los fines de la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho del mar, y con respecto a otras actividades, con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y los vientos (art. 5).

11.8. Plataforma continental

a) La doctrina cita la Proclama Truman (1945) como el antecedente más temprano en relación con la plataforma continental.

La Proclama Truman fue seguida de actos similares de un buen número de Estados, y en el lapso de una década se desarrolló una práctica generalizada, no objetada, que constituye un claro ejemplo de formación de una costumbre (Vernet, 2015, p. 607). México hizo una proclama respecto de la plataforma continental en octubre de 1945 y Argentina se sumó a la práctica en noviembre de 1946 mediante un decreto del Poder Ejecutivo Nacional¹¹. Otros Estados latinoamericanos hicieron lo mismo, al igual que países de los restantes continentes.

⁹En el artículo 7 del Tratado de Paz, Amistad y Navegación argentino-chileno (1984) encontramos una aplicación de lo previsto en el artículo 74. 4 de la Convención.

¹⁰Ley 23.968, B.O., 5 de diciembre de 1991.

¹¹Decreto 14.708, del 9 de octubre de 1946, B.O. del 5 de diciembre de 1946. El decreto declaraba perteneciente a la soberanía de la Nación el “mar epicontinental” y el zócalo continental argentino, aclarando que ello no afectaba la libre navegación (art. 2).

b) La Convención sobre Plataforma Continental (1958) precisa que la expresión “plataforma continental” designa el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a las costas pero situadas fuera del mar territorial, hasta una profundidad de 200 metros o, más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales.

En cambio, la CONVEMAR define la plataforma continental de un Estado ribereño diciendo que 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, si el borde exterior del margen continental no llega a esa distancia (art. 76.1).

La Convención de 1982 ha utilizado dos criterios alternativos: el de la plataforma continental en sentido geológico y el de las 200 millas, que favorece a los Estados que carecen de plataforma continental en sentido geológico¹² o tienen una plataforma de escasa dimensión, como los países sudamericanos con costas al Océano Pacífico.

Aclara la Convención que “el margen continental comprende la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño y está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental”, pero “no comprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo” (art. 76.3).

Argentina, Australia, Brasil y Canadá, entre otros países, tienen una plataforma continental amplia, que se extiende más allá de las 200 millas. El límite exterior de la plataforma continental no puede exceder de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base o de 100 millas contadas desde la isóbata de 2.500 metros, es decir, desde una línea que une profundidades de 2.500 metros (art. 76.5). El Estado ribereño debe presentar información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC), creada por el Anexo II de la Convención. Los límites de la plataforma que determine un Estado ribereño tomando como base las recomendaciones de la Comisión serán definitivos y obligatorios (art. 76.8).

c) Según el artículo 77, “el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre

¹²Según la Organización Hidrográfica Internacional, plataforma continental, en sentido geológico, es la “zona adyacente a un continente que se extiende desde la línea de bajamar hasta una profundidad en la que generalmente hay un incremento marcado de las pendientes hacia las profundidades oceánicas”.

la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales”, siendo estos derechos exclusivos en el sentido de que, si el Estado ribereño no explora la plataforma continental o no explota sus recursos naturales, nadie puede emprender estas actividades sin su expreso consentimiento. También son independientes de la ocupación real o ficticia de la plataforma y de toda declaración expresa. La Corte Internacional de Justicia, en el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, afirmó que no tenía duda de que los derechos del Estado costero con respecto al área que constituye la prolongación natural de su territorio existen *ipso facto* y *ab initio*, en virtud de su soberanía sobre la tierra y como una extensión de ella en el ejercicio de los derechos soberanos para la exploración y la explotación de los recursos naturales de la plataforma, derechos inherentes que no necesitan ser declarados¹³.

Tales recursos son los minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo o sólo pueden moverse en constante contacto físico con el lecho o el subsuelo (art. 77.4).

Los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental no afectan a la condición jurídica de las aguas suprayacentes ni a la del espacio aéreo situado sobre esas aguas, y el ejercicio de tales derechos no debe afectar a la navegación ni a otros derechos y libertades de los demás Estados previstos en la Convención, “ni tener como resultado una injerencia injustificada en ellos”.

Todos los Estados tienen derecho a tender en la plataforma continental cables y tuberías submarinos, estando el trazado de la línea para el tendido de esas tuberías sujeto al consentimiento del Estado ribereño. Ninguna de las disposiciones de la Parte VI de la Convención afectará al derecho de ese Estado a establecer condiciones para la entrada de cables o tuberías en su territorio o en su mar territorial. Con respecto a las islas artificiales, instalaciones y estructuras sobre la plataforma continental, se aplica *mutatis mutandi* el artículo 60. Por otro lado, el Estado ribereño tiene el derecho exclusivo a autorizar y regular las perforaciones que con cualquier fin se realicen en la plataforma.

d) En cuanto a la delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente, los criterios fijados en el artículo 83 son los mismos que los establecidos respecto de la delimitación de la ZEE entre Estados con costas adyacentes o enfrentadas. El acuerdo entre ellos sobre la base del

¹³CIJ, *Recueil*, 1969, p. 22.

Derecho Internacional es, entonces, la solución prevista en primer término. Si no se alcanzare un acuerdo en un plazo razonable, los Estados interesados deben recurrir a los procedimientos previstos en la Parte XV.

e) El régimen legal argentino define la plataforma continental de manera coincidente con la Convención¹⁴.

En 1997, se creó la Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental (COPLA)¹⁵ con el objetivo de elaborar una propuesta definitiva para establecer el límite exterior de la plataforma continental argentina. La presentación ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental se hizo en abril de 2009 y en agosto de 2012 quedó integrada la Subcomisión encargada de examinarla. Al cabo de ocho rondas de sesiones de trabajo, la Subcomisión finalizó su análisis y se pasó a la etapa de consideración por la CLPC, ante la cual Argentina hizo una presentación oral el 27 de agosto de 2015. El 11 de marzo de 2016 la CLPC adoptó las recomendaciones sobre el límite exterior de nuestra plataforma continental¹⁶.

El 23 de agosto de 2021 Chile adoptó mediante decreto presidencial una medida en relación con su plataforma continental. La respuesta argentina no se hizo esperar: “El límite exterior de la plataforma continental en esta zona se refleja en la Ley Nacional 27.557”, que no hace sino recoger en una norma interna la presentación oportunamente efectuada sobre dicha zona ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, presentación que se ajusta en todo al Tratado de Paz y Amistad y fue aprobada sin cuestionamientos por dicha Comisión con los efectos de establecer un límite marítimo definitivo y obligatorio de conformidad con la CONVEMAR. “Ni la presentación ni la decisión de la Comisión fueron objetadas por Chile”¹⁷.

11.9. Alta mar

a) La definición de alta mar es la típica definición por exclusión: todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores ni en las aguas archipelágicas (art. 86).

El artículo 87 dispone que dicho espacio está abierto a todos los Estados, tanto los ribereños como los sin litoral, y que la libertad de la alta mar se ejercerá en las

¹⁴Ley 23.968, artículo 6.

¹⁵Ley 24.815, B.O. del 26 de mayo de 1997.

¹⁶Resumen Ejecutivo 2016, Presentación Parcial Revisada ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental.

¹⁷Ministerio de Relaciones Exteriores, Información para la prensa 344/21, 28 de agosto de 2021.

condiciones fijadas por la Convención y por otras normas de Derecho Internacional, comprendiendo: a) libertad de navegación; b) libertad de sobrevuelo; c) libertad de tender cables y tuberías submarinos; d) libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones permitidas por el Derecho Internacional; e) libertad de pesca; f) libertad de investigación científica. Esta enumeración no es exhaustiva, pues va precedida de la frase “entre otras” (art. 87.1). El artículo 87.2 prescribe que esas libertades serán ejercidas por todos los Estados teniendo debidamente en cuenta los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de la alta mar y los derechos previstos en la Convención con respecto a las actividades en la Zona.

De conformidad con los artículos 88 a 90, la alta mar será utilizada exclusivamente con fines pacíficos y ningún Estado podrá pretender legítimamente someter a su soberanía cualquier parte de ella. Todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, tienen el derecho a que los buques que enarbolan su pabellón naveguen en alta mar.

b) Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y estarán sometidos, en alta mar, a su jurisdicción exclusiva, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales y en la Convención (art. 92.1). El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá considerársele buque sin nacionalidad (art. 92.2)¹⁸.

Todo Estado deberá asegurar, entre otras cosas, que cada buque que enarbole su pabellón esté a cargo de un capitán y de oficiales debidamente calificados y que el capitán, los oficiales y la tripulación conozcan plenamente y cumplan los reglamentos internacionales aplicables referidos a la seguridad de la vida en el mar, la prevención de abordajes, la prevención, reducción y control de la contaminación marina y el mantenimiento de comunicaciones por radio (art. 94).

Tanto los buques de guerra como los pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el del pabellón, según lo dispuesto en los artículos 95 y 96 de la CONVEMAR.

En caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación ocurrido a un buque en alta mar que implique una responsabilidad penal o disciplinaria para el capitán o para cualquier otra persona al servicio del buque solo podrán incoarse procedimientos

¹⁸El artículo 93 de la Convención dispone que “los artículos precedentes no prejuzgan la cuestión de los buques que estén al servicio oficial de las Naciones Unidas, de sus organismos especializados o del Organismo Internacional de Energía Atómica y que enarbolan el pabellón de la Organización”.

penales o disciplinarios ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado del pabellón o ante las del Estado del que esas personas sean nacionales (art. 97.1).

No podrá ordenarse el apresamiento ni la retención del buque, ni siquiera como medida de instrucción, por autoridades que no sean las del Estado del pabellón (art. 97.3).

c) El deber de prestar auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar y, en caso de abordaje, a la tripulación y los pasajeros del otro buque se halla expresamente consignado (art. 98).

Todos los Estados estarán obligados a tomar medidas eficaces para impedir y castigar el transporte de esclavos en buques autorizados a enarbolar su pabellón y para impedir que se use ilegalmente su pabellón con ese propósito. Declara también la norma que “todo esclavo que se refugie en un buque, sea cual fuere su pabellón, quedará libre ipso facto” (art. 99).

d) El deber de cooperar en la represión de la piratería¹⁹, en la alta mar o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado (art. 100), da origen a la facultad de todo Estado de apresar, en esos espacios, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas que se encuentren a bordo e incautar los bienes objeto de apoderamiento. Los tribunales del Estado que haya apresado un buque o aeronave pirata podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto del buque, la aeronave o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe (art. 105). Solamente los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y se puedan identificar como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin, pueden llevar a cabo apresamientos por causa de piratería (art. 107).

Fuera del ámbito de la Convención, es de particular interés la resolución 1851 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobada el 16 de diciembre de 2008, en la cual se reafirma que el Derecho Internacional, reflejado en la CONVEMAR, establece el marco jurídico aplicable a la lucha contra la piratería.

Para que se configure piratería es necesario que haya dos buques o aeronaves involucrados; esto excluye situaciones en que el ataque no se realiza desde otra embarcación o aeronave, así como los casos en que los atacantes ya se encuentran

¹⁹El artículo 101 define la piratería y el artículo 103 contiene la definición de buque o aeronave pirata.

a bordo, haciéndose pasar por pasajeros o miembros de la tripulación, razón por la cual el hecho ocurrido en 1985 en el crucero de bandera italiana Achille Lauro cuando integrantes de un grupo palestino que se hacían pasar por pasajeros tomaron el crucero en alta mar y a los pasajeros y la tripulación como rehenes y exigieron la liberación de prisioneros palestinos alojados en cárceles israelíes no podía considerarse piratería (Vernet, 2015, p. 662).

Este incidente derivó en el juzgamiento en Italia de los responsables, por actos de terrorismo, y dejó en evidencia la necesidad de un instrumento específico para reprimir ilícitos que no responden a la definición de piratería. En 1988 se adoptó el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima.

Según el artículo 102 de la Convención se asimilarán a los actos cometidos por un buque o una aeronave privados los actos de piratería perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave.

e) Se promueve la cooperación para la represión del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado en alta mar (art. 108.1), prescribiendo que “todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas podrá solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico” (art. 108.2).

f) Un nuevo ámbito de cooperación se define en relación con la represión de las transmisiones no autorizadas desde la alta mar (art. 109). Tampoco aquí rige el principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón (art. 109.4).

g) Según el artículo 110, un buque de guerra que encuentre en alta mar un buque extranjero que no goce de completa inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 de la Convención²⁰ solo tendrá derecho de visita cuando haya motivo razonable para sospechar que el buque se dedica a la piratería, a la trata de esclavos, se utiliza para transmisiones no autorizadas (siempre que el Estado del pabellón del buque de guerra tenga jurisdicción en virtud del artículo 109), no tiene nacionalidad o tiene la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón.

²⁰Según tales normas, los buques de guerra en alta mar gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón, lo mismo que los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él que se utilicen únicamente para un servicio oficial no comercial.

h) El derecho de persecución es el que permite emprender la persecución de un buque extranjero cuando las autoridades competentes del Estado ribereño tengan motivos fundados para creer que ha infringido sus leyes y reglamentos. Está sujeto a las condiciones establecidas en el artículo 111. Así, la persecución habrá de comenzar mientras el buque extranjero o una de sus lanchas se encuentre en las aguas interiores, en las aguas archipelágicas, en el mar territorial o en la zona contigua del Estado perseguidor, y solo podrá continuar fuera del mar territorial o de la zona contigua si no se ha interrumpido. Por eso la doctrina habla de *hot pursuit* (“persecución caliente”).

Si el buque extranjero se encuentra en la zona contigua, solo podrá ser perseguido por violación de los derechos para cuya protección fue creado dicho espacio. El derecho de persecución también podrá ejercerse con respecto a las infracciones que se cometan en la ZEE o sobre la plataforma continental, incluyendo las zonas de seguridad en torno a las instalaciones de la plataforma continental, respecto de las leyes y reglamentos del Estado ribereño aplicables a la ZEE o a la plataforma continental, incluidas las zonas de seguridad.

Ese derecho cesará en el momento en que el buque perseguido entre en el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado, y no podrá darse inicio a la persecución mientras no se haya emitido una señal visual o auditiva de detenerse desde una distancia que permita que la señal sea vista u oída por el buque extranjero. Solo podrá ser ejercido el derecho de persecución por buques de guerra o aeronaves militares, “o por otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio del gobierno y autorizados a tal fin”.

i) El derecho a tender cables y tuberías submarinos en el lecho de la alta mar más allá de la plataforma continental (art. 112.1) se ejercerá teniendo debidamente en cuenta los cables o tuberías ya instalados, obligación que resulta, junto con la de no entorpecer la posibilidad de reparación de los cables o tuberías existentes, del artículo 79.5, al que remite el artículo 112.2.

j) El derecho de pesca en alta mar está sujeto a las condiciones establecidas en la Sección 2 de la Parte VII. Todos los Estados tienen derecho a que sus nacionales se dediquen a la pesca en alta mar con sujeción a las obligaciones convencionales de los Estados, a las reglas que se estipulan en el artículo 63.2 y en los artículos 64 a 67, entre otras normas, y a las disposiciones de dicha sección (art. 116).

Es deber de todos los Estados adoptar las medidas que, en relación con sus respectivos nacionales, puedan ser necesarias para la conservación de los recursos

vivos de la alta mar, o de cooperar con otros Estados en su adopción (art. 117). Y el artículo 118 impone a los Estados la obligación de cooperar entre sí en la conservación y administración de esos recursos.

Tomar medidas con miras a mantener o restablecer las poblaciones de las especies capturadas a niveles que puedan producir el máximo rendimiento sostenible con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes es otra obligación (art. 119).

El Acuerdo de 1995 sobre pesca de altura tiene como objetivo “asegurar la conservación a largo plazo y el uso sostenible de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios mediante la aplicación efectiva de las disposiciones pertinentes de la Convención” (art. 2) y se aplica a la conservación y ordenación de esas poblaciones de peces que se encuentren fuera de las zonas sometidas a jurisdicción nacional (art. 3), aunque los artículos 6 y 7 son aplicables también a zonas sometidas a jurisdicción nacional. Según el preámbulo del Acuerdo, las poblaciones de peces cuyos territorios se encuentran dentro y fuera de las zonas económicas exclusivas constituyen las poblaciones de peces transzonales (por ejemplo, el bacalao y el abadejo). A su vez, el atún, el pez espada y el tiburón oceánico se cuentan entre las especies altamente migratorias. El Anexo I de la Convención contiene un listado de esas especies.

k) Las disposiciones relativas a la prohibición del transporte de esclavos, a la cooperación en la represión de la piratería y del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, entre otras, también rigen respecto de la ZEE, según la remisión que hace el artículo 58.2.

11.10. Régimen de las islas

“Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar” (art. 121.1). Esta definición excluye a las islas artificiales y a las elevaciones en bajamar.

El artículo 121.2 estipula que el mar territorial, la zona contigua, la ZEE y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de la Convención aplicables a dichos espacios.

“Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental” (art. 121.3). Parece claro que las rocas son consideradas islas, porque el título de la Parte VIII y de su único artículo es “Régimen de las islas” y el párrafo 2 del artículo 121 comienza

diciendo “salvo lo dispuesto en el párrafo 3”, salvedad que no tendría sentido si las rocas fuesen algo distinto de las islas.

Sin embargo, no todas las rocas califican de islas, porque una elevación en bajamar puede ser también una roca. “La calidad de roca estaría dada por su estructura geomorfológica, pudiendo calificar jurídicamente de isla o de elevación en bajamar” (González Napolitano, 2015, p. 624), según se encuentre visible o no en pleamar.

Del artículo 121.3 se desprende que las rocas no aptas para habitación humana o vida económica propia solo tienen mar territorial y zona contigua. Cabe preguntarse si los requisitos allí establecidos son alternativos o acumulativos, y si para evaluar la aptitud de una roca para mantener vida económica propia es posible incluir la explotación de los recursos vivos o no vivos del mar territorial (González Napolitano, 2015, p. 625).

La práctica registra más de una controversia en torno a rocas. Rockall es una roca deshabitada y no apta para habitación humana ubicada en el Océano Atlántico al oeste de Escocia, donde en 1972 el Reino Unido instaló un faro. También estableció una ZEE en torno a ella, pero en 1997, al pasar a ser Estado parte en la CONVEMAR, declaró que Rockall no era capaz de sostener habitación humana y, por ende, no generaba derecho a ZEE ni a plataforma continental.

11.11. Islas artificiales, instalaciones y estructuras

Las islas artificiales no poseen la condición jurídica de islas, lo mismo que las instalaciones y estructuras (art. 60.8). Se construyen para la exploración o explotación de los recursos del lecho del mar y el subsuelo y otros fines, incluyendo la instalación de un aeropuerto, como el Aeropuerto Internacional de Kansai, ubicado en una isla artificial en la bahía de Osaka, Japón.

La isla artificial de Hulhumalé comenzó a construirse en 1997 en el atolón de Kaafu, en Maldivas, y desde el año 2004 constituye un espacio de proyección para la creciente población de la región de Malé. Al elevarse dos metros sobre el nivel del mar, muestra el camino a seguir ante el riesgo de la desaparición de territorios como consecuencia del aumento del nivel del mar, problema que también enfrentan otros Estados.

Las instalaciones y estructuras se asientan sobre pilotes enclavados en el lecho marino, aunque existen también otros sistemas de soporte. Pueden ser flotantes o fijas. Una plataforma petrolera es una estructura que cuenta, incluso, con alojamiento para los operarios que trabajan en ella.

El artículo 60.1 establece que el Estado ribereño tendrá el derecho exclusivo de construir, así como el de autorizar y reglamentar la construcción, operación y utilización de: a) islas artificiales; b) instalaciones y estructuras para los fines previstos en el artículo 56 y para otras finalidades económicas; c) instalaciones y estructuras que puedan interferir el ejercicio de los derechos del Estado ribereño en la zona, y el Estado ribereño tendrá jurisdicción exclusiva sobre dichas islas artificiales, instalaciones y estructuras, incluida la jurisdicción en materia de leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, sanitarios, de seguridad y de inmigración (art. 60.2)

Las islas artificiales, instalaciones y estructuras no poseen mar territorial propio (art. 60.8)²¹, pero el Estado ribereño puede establecer, cuando sea necesario, zonas de seguridad alrededor de ellas, en las cuales puede tomar medidas apropiadas para garantizar la seguridad de la navegación y de las islas artificiales, instalaciones y estructuras (art. 60.4). No se extenderán a una distancia mayor de 500 metros alrededor de la isla artificial, instalación o estructura, debiendo la anchura determinada ser debidamente notificada (art. 60.5), y todos los buques deben respetar esas zonas (art. 60.6).

11.12. Estados sin litoral

Los Estados sin litoral son los que carecen de costa marítima (art. 124.1.a). Tienen el derecho de acceso al mar y desde el mar para ejercer los derechos consagrados en la Convención, incluidos los relacionados con la libertad de la alta mar y con el patrimonio común de la humanidad. Para ello, gozan de libertad de tránsito a través del territorio de los Estados de tránsito por todos los medios de transporte (art. 125.1)²².

Las condiciones y modalidades para el ejercicio de la libertad de tránsito serán convenidas entre los Estados sin litoral y los Estados de tránsito por medio de acuerdos bilaterales, subregionales o regionales (art. 125.2), y los Estados de tránsito, en el ejercicio de la soberanía sobre su territorio, tienen derecho a tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos y facilidades estipulados en la Parte X de la Convención para los Estados sin litoral no lesionen en forma alguna sus intereses legítimos (art. 125.3).

²¹Su presencia no afecta a la delimitación del mar territorial, de la ZEE o de la plataforma continental, como también establece el artículo 60.8 de la Convención.

²²De conformidad con el artículo 124.1.c, el “Estado de tránsito” es “un Estado con o sin costa marítima, situado entre un Estado sin litoral y el mar, a través de cuyo territorio pase el tráfico en tránsito”.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127.1, el tráfico en tránsito no estará sujeto a derechos de aduana, impuestos u otros gravámenes, con excepción de las tasas impuestas por servicios específicos prestados en relación con el tráfico. Y para facilitarlos, podrán establecerse zonas francas en los puertos de entrada y de salida de los Estados de tránsito, por medio de acuerdos entre estos y los Estados sin litoral.

Los buques que enarbolan el pabellón de Estados sin litoral gozarán en los puertos marítimos del mismo trato que se concede a otros buques extranjeros (art. 131). La Convención no entraña de ninguna manera la suspensión de las facilidades de tránsito que sean mayores que las previstas en ella y hayan sido acordadas entre Estados partes o concedidas por un Estado parte; tampoco impedirá la concesión de mayores facilidades en el futuro (art. 132).

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados establece el libre acceso al mar y desde el mar de los países sin litoral dentro del marco de los principios fundamentales de las relaciones económicas internacionales.

11.13. La Zona internacional de los fondos marinos

a) A diferencia de lo que ocurre con los restantes espacios marítimos, la definición que nos interesa aquí aparece en el artículo 1: “Por ‘Zona’ se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional”. En otras palabras, es el espacio conformado por el lecho y el subsuelo del mar más allá de la plataforma continental.

Hay que señalar que ni las disposiciones de la Parte XI de la Convención ni ningún derecho concedido o ejercido en virtud de ellas afecta a la condición jurídica de las aguas suprayacentes de la Zona ni a la del espacio aéreo situado sobre esas aguas (art. 135).

El artículo 136 establece que la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad²³. Ningún Estado podrá reivindicar o ejercer soberanía o derechos soberanos sobre parte alguna de la Zona o sus recursos ni podrá apropiarse de parte alguna de la Zona o de sus recursos; todos los derechos sobre tales recursos pertenecen a la humanidad, en cuyo nombre actúa la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Ningún Estado o persona natural o jurídica reivindicará, adquirirá o ejercerá derechos respecto de los minerales de la Zona, salvo de conformidad con

²³El artículo 133 aclara que “por ‘recursos’ se entiende todos los recursos sólidos, líquidos o gaseosos in situ en la Zona, situados en los fondos marinos o en su subsuelo, incluidos los nódulos polimetálicos” y señala que “los recursos, una vez extraídos de la Zona, se denominarán ‘minerales’”.

la Parte XI; además, el comportamiento general de los Estados se ajustará a lo dispuesto en la Parte XI, a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y a otras normas de Derecho Internacional. Las actividades se realizarán en beneficio de toda la humanidad y prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo y de los pueblos con derecho a la libre determinación. Debe utilizarse la Zona exclusivamente con fines pacíficos y protegerse eficazmente el medio marino contra los efectos nocivos que puedan resultar de las actividades que se realicen allí, así como la vida humana; además, las actividades se realizarán teniendo razonablemente en cuenta otras actividades en el medio marino. Se promoverá la participación de los Estados en desarrollo, teniendo en cuenta la necesidad de los Estados en desarrollo sin litoral o en situación geográfica desventajosa de superar los obstáculos derivados de su ubicación desfavorable, y todos los objetos de carácter arqueológico e histórico hallados en la Zona serán conservados o se dispondrá de ellos en beneficio de toda la humanidad²⁴.

b) Las actividades en la Zona se realizarán de manera que fomente el desarrollo saludable de la economía mundial y el crecimiento equilibrado del comercio internacional y promueva la cooperación internacional en pro del desarrollo de todos los países, especialmente de los países en desarrollo (art. 150). El aprovechamiento de los recursos se hará conforme a principios comerciales sólidos²⁵.

Las disposiciones de la Parte XI y del Acuerdo de 1994 se interpretarán y aplicarán en forma conjunta como un solo instrumento²⁶. La Asamblea General, a través de la resolución 75/239, aprobada el 31 de diciembre de 2020, ha reafirmado el carácter unitario de la Convención y la importancia de preservar su integridad, exhortando a todos los Estados que aún no lo hayan hecho a que se hagan partes en la Convención y en el Acuerdo relativo a la Parte XI, para alcanzar plenamente el objetivo de la participación universal.

Las actividades en la Zona serán realizadas por la Empresa, órgano operativo de la Autoridad, y, en asociación con la Autoridad, por Estados partes o empresas estatales o por personas naturales o jurídicas nacionales de Estados partes o que sean efectivamente controlados por dichos Estados o sus nacionales, o por cualquier agrupación de los anteriores que reúna los requisitos previstos en la Parte XI y en el Anexo III (art. 153)²⁷. Las actividades en la zona se realizarán de acuerdo con un

²⁴Artículos 137 a 149 de la Convención.

²⁵Acuerdo de 1994, anexo, sección 6 (1.a).

²⁶Según el artículo 2 del Acuerdo de 1994, en caso de discrepancia prevalecerá el Acuerdo.

²⁷En la Sección 2 (2), Anexo del Acuerdo de 1994, se halla previsto que “la Empresa llevará a cabo sus actividades iniciales de explotación minera de los fondos marinos por medio de empresas

plan de trabajo oficial escrito, preparado con arreglo al Anexo III (art. 153.3).

11.14. Autoridad Internacional de los Fondos Marinos

a) Todos los Estados partes son *ipso facto* miembros de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (art. 156), que es la organización por conducto de la cual se organizarán y controlarán las actividades en la Zona, particularmente con miras a la administración de sus recursos (art. 157.1). Sus órganos principales son la Asamblea, el Consejo y la Secretaría. Las facultades y funciones de la Asamblea, integrada por todos los miembros de la Autoridad, están enumeradas en el artículo 160. Establecer, en colaboración con el Consejo, la política general de la Autoridad y elegir a los miembros del Consejo, al Secretario General -entre los candidatos propuestos por el Consejo-, a los miembros de la Junta Directiva y al director general de la Empresa, por recomendación del Consejo, así como examinar y aprobar las normas, los reglamentos y los procedimientos referidos a la prospección, exploración y explotación en la Zona, a la gestión financiera y a la administración interna de la Autoridad, son algunas de las facultades y funciones de la Asamblea.

El Consejo es el órgano ejecutivo de la Autoridad. Está integrado por treinta y seis miembros, dieciocho de los cuales son escogidos según el criterio de distribución geográfica equitativa²⁸. Los otros dieciocho se dividen en cuatro grupos conformados según los criterios establecidos en el artículo 161.1, y se tendrá en cuenta lo previsto en el Anexo del Acuerdo de 1994²⁹.

El Consejo se halla facultado para establecer la política concreta que seguirá la Autoridad en toda cuestión o asunto de su competencia y para supervisar y coordinar la aplicación de las disposiciones de la Parte XI, señalando a la atención de la Asamblea los casos de incumplimiento.

b) Como norma general, las decisiones de los órganos de la Autoridad se adoptarán por consenso³⁰. La Autoridad tiene personalidad jurídica internacional y la capacidad jurídica necesaria para el desempeño de sus funciones y el logro de sus fines (art. 176). Además, ha celebrado un acuerdo de relación con las Naciones Unidas, aprobado por la Asamblea de la Autoridad en su tercer período de sesiones y por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 52/27, de 26 de noviembre de 1997.

conjuntas”.

²⁸A tal efecto, se consideran regiones geográficas África, América Latina, Asia, Europa occidental y otros Estados, y Europa oriental (art. 161.1.e).

²⁹Sección 3 (15.a) del Anexo del Acuerdo de 1994.

³⁰Sección 3 (2), Anexo, Acuerdo de 1994

11.15. Sala de Controversias de los Fondos Marinos

La Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar tiene competencia para conocer de las controversias entre Estados partes relativas a la interpretación o aplicación de la Parte XI y de los anexos que se refieran a esa Parte (art. 187.a).

También tiene competencia para conocer de las controversias entre un Estado parte y la Autoridad relativas a actos u omisiones de la Autoridad o de un Estado parte que se alegue que constituyen una violación de la Parte XI o de los anexos referidos a ella, o de las normas, los reglamentos o procedimientos de la Autoridad, o que se refieran a actos de la Autoridad que se alegue que constituyen una extralimitación en el ejercicio de su competencia o una desviación de poder (art. 187.b). La Sala tiene competencia, además, respecto de las controversias sobre la interpretación o aplicación de un contrato o de un plan de trabajo, entre otras controversias mencionadas en el artículo 187, incluyendo aquellas para las que la competencia de la Sala se establezca en otras disposiciones de la CONVEMAR.

Las relativas a la interpretación o aplicación de un contrato se someterán, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, a arbitraje comercial obligatorio, a menos que las partes convengan en otra cosa (art. 188.2.a).

A solicitud de la Asamblea o del Consejo, la Sala de Controversias emitirá opiniones consultivas sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de actividades de tales órganos de la Autoridad, opiniones que se emitirán con carácter urgente (art. 191). La Sala emitió su primera opinión consultiva en 2011, a pedido del Consejo. Se le había consultado acerca de las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan actividades en la Zona³¹.

Los Estados partes en la Convención están obligados a aceptar la competencia de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos.

11.16. Protección y preservación del medio marino

a) Según el artículo 1.4 de la CONVEMAR, por ‘contaminación del medio marino’ se entiende la introducción por acción de los seres humanos, directa o indirectamente, de sustancias o energía en el medio marino, incluidos los estuarios, que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos y a la vida

³¹TIDM, Sala de Controversias, opinión consultiva *Responsabilidades y obligaciones de los Estados patrocinadores de personas y entidades con respecto a las actividades en la Zona*, 1 de febrero de 2011.

marina, peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del mar, deterioro de la calidad del agua para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.

b) Los Estados están obligados a proteger y preservar el medio marino (art. 192) y “tienen el derecho soberano de explotar sus recursos naturales con arreglo a su política de medio ambiente y de conformidad con su obligación de proteger y preservar el medio marino” (art. 193).

Tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con la Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto, además de tomar todas las medidas necesarias para garantizar que las actividades bajo su jurisdicción o control se lleven a cabo en forma tal que no causen perjuicios por contaminación a otros Estados y su medio ambiente y que la contaminación causada por incidentes o actividades bajo su jurisdicción o control no se extienda más allá de las zonas donde ejercen derechos de soberanía de conformidad con la Convención (art. 194).

Entre las medidas que se tomen, figurarán las necesarias para proteger y preservar los ecosistemas raros o vulnerables, así como el hábitat de las especies y otras formas de vida marina que se encuentren diezmadas, amenazadas o en peligro (art. 194). Además, los Estados actuarán de manera que, ni directa ni indirectamente, transfieran daños o peligros de un área a otra o transformen un tipo de contaminación en otro (art. 195).

La cooperación en el plano mundial y en el plano regional, por conducto de las organizaciones internacionales competentes, es una obligación fundamental (art. 197). Cuando un Estado tenga conocimiento de casos en que el medio marino se halle en peligro inminente de sufrir daños por contaminación o ya los haya sufrido, lo notificará de inmediato a otros Estados que a su juicio puedan resultar afectados por esos daños y a las organizaciones internacionales competentes (art. 198).

La asistencia científica y técnica a los Estados en desarrollo para la protección y preservación del medio marino y la prevención, reducción y control de la contaminación marina juega un rol fundamental, como se desprende de los artículos 202 y 203.

Directamente o por conducto de las organizaciones internacionales competentes, los Estados procurarán observar, medir, evaluar y analizar, a través de métodos reconocidos, los riesgos de contaminación del medio marino o sus efectos; en particular,

mantendrán bajo vigilancia los efectos de cualquier actividad que autoricen o realicen, a fin de determinar si tales actividades pueden contaminar el medio marino (art. 204). También evaluarán los efectos potenciales de las actividades (art. 206).

Se dictarán leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de fuentes terrestres, incluidos los ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe (art. 207), así como la contaminación resultante de actividades relativas a los fondos marinos sujetos a la jurisdicción nacional y de las islas artificiales, instalaciones y estructuras bajo jurisdicción de los Estados ribereños (art. 208). También deberán los Estados prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino resultante de actividades en la Zona (art. 209) y la contaminación por vertimiento (art. 210)³².

Los Estados que establezcan requisitos especiales como condición para que los buques extranjeros entren en sus puertos o aguas interiores o hagan escala en sus instalaciones terminales costa afuera, les darán la debida publicidad y los comunicarán a la organización internacional competente, y los Estados ribereños podrán, en el ejercicio de su soberanía en el mar territorial, dictar leyes y reglamentos con la finalidad ya mencionada, pero sin obstaculizar el paso inocente, así como dictar leyes y reglamentos para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques respecto de su ZEE (art. 211).

Por otro lado, medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino desde la atmósfera o a través de ella están contempladas en el artículo 212.

c) Las facultades de los Estados no se circunscriben al plano legislativo y reglamentario, sino que se extienden al plano ejecutivo. Velarán porque los buques que enarboles su pabellón o estén matriculados en su territorio cumplan las reglas y estándares internacionales aplicables para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques, así como las leyes y reglamentos que hayan dictado con la misma finalidad, y tomarán las medidas pertinentes.

Si un buque que se encuentra en un puerto o en una instalación terminal costa afuera viola las reglas y estándares internacionales aplicables en materia

³²Con arreglo al artículo 210.5, el vertimiento en el mar territorial, en la ZEE o sobre la plataforma continental no se realizará sin el previo consentimiento expreso del Estado ribereño, que tiene derecho a autorizar, regular y controlar ese vertimiento tras haber examinado debidamente la cuestión con otros Estados que, en razón de su situación geográfica, puedan ser adversamente afectados por él. Por “vertimiento” se entiende la evacuación deliberada de desechos u otras materias desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar, y el hundimiento deliberado de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar (art. 1.5.a).

de navegabilidad de los buques, y, en consecuencia, amenaza causar daños al medio ambiente marino, los Estados tomarán medidas administrativas para evitar que el buque zarpe (art. 219).

Cuando un buque se encuentre voluntariamente en un puerto o en una instalación terminal costa afuera de un Estado, este podrá, con sujeción a las disposiciones de la Sección 7 de la Parte XII, iniciar un procedimiento respecto de cualquier infracción de las leyes y reglamentos que haya dictado de conformidad con la Convención o las reglas y estándares internacionales aplicables para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques, cuando la infracción se haya cometido en el mar territorial o en la ZEE de dicho Estado (art. 220.1).

Cuando haya motivos fundados para creer que un buque que navega en el mar territorial de un Estado ha violado, durante su paso por allí, las leyes y reglamentos dictados por ese Estado de conformidad con la Convención o las reglas y estándares internacionales aplicables en la materia de que se trata, ese Estado podrá realizar la inspección física del buque en relación con la infracción y, cuando las pruebas lo justifiquen, podrá iniciar un procedimiento e incluso retener el buque, de conformidad con su Derecho interno y las disposiciones de la Sección 7 de la Parte XII (art. 220.2).

De haber motivos fundados para creer que un buque que navega en la ZEE o el mar territorial ha cometido, en la primera, una infracción de las reglas y estándares internacionales aplicables para prevenir, reducir y controlar la contaminación causada por buques o de las leyes y reglamentos dictados por el Estado ribereño, este podrá exigir información que permita determinar si el buque ha cometido la infracción (art. 220.3). Si la infracción ha tenido como resultado una descarga importante que cause o amenace causar una contaminación considerable del medio marino, podrá realizarse una inspección física del buque en caso de negativa a facilitar información o cuando la información facilitada esté en manifiesta contradicción con la situación fáctica evidente y las circunstancias del caso justifiquen la inspección (art. 220.5). Y si existe prueba objetiva y clara de que el buque ha cometido la infracción, el Estado ribereño podrá iniciar un procedimiento que puede incluir la retención del buque (art. 220.6).

Las facultades de ejecución contra buques extranjeros solo podrán ser ejercidas por funcionarios o por buques de guerra, aeronaves militares u otros buques o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizados a tal fin (art. 224). No se retendrá un buque extranjero más tiempo del imprescindible para las investigaciones previstas, y la inspección física de un buque extranjero se limitará a un examen de los certificados, registros y otros documentos que el buque esté obligado a llevar, pudiendo iniciarse

una inspección más detallada solamente en los supuestos contemplados en el artículo 226. Si la investigación revela que se ha cometido una infracción, el buque será liberado sin dilación una vez constituida una fianza u otra garantía financiera apropiada, pero podrá denegarse la liberación o supeditarla a que el buque se dirija al astillero de reparaciones apropiado más próximo cuando entrañe un riesgo excesivo de daño al medio marino.

d) Los Estados son responsables, de conformidad con el Derecho Internacional, del cumplimiento de sus obligaciones relativas a la protección y preservación del medio marino (art. 235.1), y asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción (art. 235.2).

e) La inmunidad de la que gozan los buques de guerra, naves auxiliares y otros buques o aeronaves pertenecientes a un Estado y utilizados únicamente para un servicio público no comercial no se ve afectada por las disposiciones de la CONVEMAR relativas a la protección y preservación del medio marino, pero cada Estado velará por que tales buques o aeronaves procedan, en cuanto sea razonable y posible, de manera compatible con esas normas (art. 236).

f) Las disposiciones de la Parte XII no afectarán a las obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones y acuerdos especiales celebrados con anterioridad a la Convención sobre protección y preservación del medio marino, ni a los acuerdos que puedan celebrarse para promover los principios generales de la Convención (art. 237.1). Sin embargo, tales obligaciones específicas deben cumplirse de manera compatible con los principios y objetivos generales de la CONVEMAR (art. 237.2).

11.17. Investigación científica marina

Todos los Estados, independientemente de su situación geográfica, y las organizaciones internacionales competentes tienen derecho a realizar investigaciones científicas marinas, teniendo en cuenta los derechos y deberes de otros Estados (art. 238).

a) Los principios generales que rigen la investigación científica marina están consagrados en el artículo 240: se realizará exclusivamente con fines pacíficos y con métodos y medios científicos adecuados compatibles con la Convención; no interferirá de manera injustificada otros usos legítimos del mar y será debidamente respetada

en el ejercicio de tales usos, y se respetarán todos los reglamentos pertinentes dictados de conformidad con la Convención, incluidos los destinados a la protección y preservación del medio ambiente.

“Las actividades de investigación científica marina no constituirán fundamento jurídico para ninguna reivindicación sobre parte alguna del medio marino o sus recursos” (art. 241).

b) La cooperación internacional realizada de acuerdo con el principio del respeto de la soberanía y la jurisdicción y sobre la base del beneficio mutuo debe fomentarse, siendo los acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados con miras a la creación de condiciones favorables para la investigación, así como la integración de los esfuerzos de los científicos, las herramientas para concretarla (arts. 242 y 243). Los conocimientos resultantes de la investigación científica marina deberán ser publicados y difundidos, promoviendo activamente la difusión de datos e información científicos y la transmisión de los conocimientos obtenidos, especialmente a los Estados en desarrollo, así como el fortalecimiento de su capacidad autónoma de investigación (art. 244).

c) Los Estados ribereños tienen el derecho exclusivo de regular, autorizar y realizar actividades de investigación científica marina en su mar territorial. Es necesario el consentimiento expreso del Estado ribereño para la investigación científica marina en el mar territorial y la investigación se realizará en las condiciones establecidas por él (art. 245).

En el ejercicio de su jurisdicción, los Estados ribereños tienen derecho a regular, autorizar y realizar actividades de investigación científica marina en su ZEE y en su plataforma continental de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención. En circunstancias normales, darán su consentimiento para que otros Estados u organizaciones internacionales competentes realicen proyectos de investigación científica marina en aquellos espacios, exclusivamente con fines pacíficos y con el objeto de aumentar el conocimiento científico del medio marino en beneficio de toda la humanidad (art. 246.3). Podrá considerarse que las circunstancias son normales aun cuando no existan relaciones diplomáticas entre el Estado ribereño y el Estado investigador (art. 246.4).

Sin embargo, los Estados ribereños podrán rehusar discrecionalmente su consentimiento a la realización en su ZEE o en su plataforma continental de un proyecto de investigación científica marina de otro Estado o de una organización internacional competente cuando ese proyecto tenga importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales vivos o no vivos; entrañe

perforaciones en la plataforma continental, la utilización de explosivos o la introducción de sustancias perjudiciales en el medio marino; entrañe la construcción, el funcionamiento o la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; contenga información inexacta sobre la índole y los objetivos del proyecto, o cuando el Estado o la organización internacional que haya de realizar la investigación tenga obligaciones pendientes con el Estado ribereño resultantes de un proyecto de investigación anterior (art. 246.5).

d) Los Estados y las organizaciones internacionales que se propongan realizar investigaciones científicas marinas en la ZEE o en la plataforma continental de un Estado ribereño le proporcionarán, como mínimo seis meses antes de la fecha prevista para la iniciación del respectivo proyecto, toda la información requerida (art. 248), indicándose además la medida en que se considere que el Estado ribereño podría participar o estar representado en el proyecto. Pasados cuatro meses desde la recepción de la información, se presumirá el consentimiento del Estado ribereño, a menos que, dentro de ese plazo, haga saber al Estado u organización de que se trate lo previsto en el artículo 252.

Al realizar investigaciones científicas marinas en la ZEE o en la plataforma continental de un Estado ribereño, los Estados y las organizaciones internacionales cumplirán las condiciones establecidas en el artículo 249; entre ellas garantizar el derecho del ribereño a participar o estar representado en el proyecto, si así lo desea, en especial a bordo de los buques que realicen la investigación o en las instalaciones utilizadas, cuando sea factible.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 253.1, el Estado ribereño tiene derecho a exigir la suspensión de una investigación que se esté realizando en su ZEE o en su plataforma continental cuando las actividades de investigación no se realicen de acuerdo con la información transmitida en la que se basó su consentimiento, o cuando no se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 249. El Estado ribereño tiene derecho a exigir la cesación de toda actividad de investigación en caso de cualquier incumplimiento del deber de proporcionar información que implique un cambio importante en el proyecto o en las actividades incluidas o si, en un plazo razonable, no se corrige cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 253.1.

Los Estados y las organizaciones internacionales que hayan presentado a un Estado ribereño un proyecto de investigación a realizarse en su ZEE o en su plataforma continental darán aviso del proyecto a los Estados vecinos sin litoral o en situación geográfica desventajosa y notificarán de ello al Estado ribereño (art. 254). Se busca así dar a dichos Estados vecinos, si lo solicitan, la oportunidad de participar, cuando

sea factible, en el proyecto propuesto, mediante expertos calificados nombrados por ellos (art. 254.3).

e) Todos los Estados, cualquiera sea su situación geográfica, y las organizaciones internacionales competentes tienen derecho, de conformidad con la Parte XI, a realizar actividades de investigación científica marina en la Zona, y tienen el mismo derecho, de conformidad con la Convención, respecto de la columna de agua más allá de los límites de la ZEE, según los artículos 256 y 257.

f) El artículo 259 contiene una importante aclaración: las instalaciones o el equipo de investigación no tienen la condición jurídica de islas. Por lo tanto, no poseen mar territorial propio y su presencia no afecta a la delimitación del mar territorial, de la ZEE o de la plataforma continental. A su vez, el artículo 260 estipula que podrán establecerse, en torno a las instalaciones de investigación científica, zonas de seguridad de una anchura que no exceda de 500 metros.

g) Los Estados y las organizaciones internacionales tienen la obligación de asegurar que la investigación científica marina, realizada por ellos o en su nombre, se lleve a cabo de conformidad con la Convención. Serán responsables por las medidas que tomen en contravención de la Convención y, con arreglo al artículo 235, de los daños causados por la contaminación del medio marino resultante de la investigación realizada por ellos o en su nombre (art. 263).

h) La cooperación bilateral, regional o multilateral y otras formas de cooperación internacional para el desarrollo y la transmisión de tecnología marina, incluida la cooperación entre organizaciones internacionales, reciben un tratamiento genérico en la Convención en los artículos 270 a 278.

11.18. Solución de controversias

a) Según los artículos 279 y 280, los Estados partes resolverán sus controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención por medios pacíficos de conformidad con el artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas y por los medios indicados en el artículo 33.1 del mismo instrumento.

Los procedimientos establecidos en la Parte XV son de carácter subsidiario, pues se aplicarán solo cuando los Estados que sean partes en una controversia relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención no hayan llegado a una solución por el medio que hubieran convenido y el acuerdo respectivo no excluya la posibilidad de aplicar otro procedimiento (art. 281.1), o cuando no exista obligación de acudir a otro procedimiento en virtud de un acuerdo general, regional o bilateral, a menos

que las partes en la controversia convengan otra cosa (art. 282).

Cuando surja una controversia entre Estados partes sobre la interpretación o la aplicación de la Convención, se procederá sin demora a un intercambio de opiniones con miras a resolverla mediante negociación o por otros medios pacíficos, y el intercambio de opiniones tendrá lugar, asimismo, cuando se haya puesto fin a un procedimiento sin haberse resuelto la controversia o cuando se haya llegado a una solución y sean necesarias consultas sobre la forma de llevarla a la práctica (art. 283). Además, un Estado parte que sea parte en una controversia que se refiera a la interpretación o la aplicación de la Convención podrá invitar a la otra u otras partes a someterla a conciliación de conformidad con el procedimiento establecido en la Sección I del Anexo V o con otro procedimiento de conciliación (art. 284).

Toda controversia que no haya sido resuelta por aplicación de las normas precedentes se someterá, a petición de cualquiera de las partes en ella, a la corte o tribunal que sea competente conforme a lo dispuesto en la Sección II de la Parte XV (art. 286).

Por eso, al firmar o ratificar la Convención o al adherirse a ella, o en cualquier momento ulterior, los Estados podrán elegir libremente, mediante una declaración escrita, uno o varios de los medios enumerados en el artículo 287.1: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar³³, la Corte Internacional de Justicia, un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII, un tribunal arbitral especial constituido de conformidad con el Anexo VIII. Argentina hizo esa declaración en base a lo dispuesto en la ley de aprobación de la Convención³⁴.

Si un Estado parte no hace esa declaración, se presumirá que ha aceptado el procedimiento de arbitraje previsto en el Anexo VII. Si las partes en una controversia han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia, esta solo podrá ser sometida a ese procedimiento, a menos que las partes convengan en otra cosa, y si no han aceptado el mismo procedimiento para la solución de la controversia,

³³Creado por la Convención, su Estatuto está contenido en el Anexo VI. Tiene su sede en Hamburgo, Alemania, y se compone de veintiún miembros independientes, elegidos entre personas que gocen de la más alta reputación por su imparcialidad e integridad y sean de reconocida competencia en materia de Derecho del Mar.

³⁴Ley 24.543, B.O. del 25 de octubre de 1995. De acuerdo con lo establecido por el artículo 287 de la Convención, el gobierno argentino declara que acepta en orden de prelación preferencial los siguientes métodos de solución de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención: a) El Tribunal Internacional de Derecho del Mar; b) Un tribunal arbitral constituido de conformidad con el anexo VIII para cuestiones relativas a pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación, de acuerdo con el artículo 1° del anexo VIII.

esta solo podrá ser sometida al procedimiento de arbitraje ya mencionado, a menos que las partes convengan en otra cosa (art. 287.5).

b) Cuando un Estado parte haya retenido un buque que enarbole el pabellón de otro Estado parte sin haber procedido a la pronta liberación del buque o de su tripulación una vez constituida fianza razonable u otra garantía financiera, la cuestión de la liberación del buque o de su tripulación podrá ser sometida a la corte o tribunal que las partes designen de común acuerdo o, a falta de acuerdo en un plazo de diez días desde el momento de la retención, a la corte o tribunal que el Estado que retiene haya aceptado con arreglo al artículo 287 o al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, a menos que las partes convengan en otra cosa (art. 292.1).

c) En cuanto al Derecho aplicable, el artículo 293 establece que la corte o tribunal competente aplicará la CONVEMAR y las demás normas de Derecho Internacional que no sean incompatibles con ella, teniendo la corte o el tribunal la facultad de dirimir un litigio *ex aequo et bono* si las partes convienen que así sea.

d) El artículo 295 dispone que las controversias que surjan entre Estados partes con respecto a la interpretación o la aplicación de la Convención podrán someterse a los procedimientos establecidos en la Sección II de la Parte XV una vez agotados los recursos internos de conformidad con el Derecho Internacional. De lo contrario, el Estado demandado podría oponer la falta de agotamiento de los recursos internos en su jurisdicción.

e) Toda decisión dictada por una corte o tribunal que sea competente en virtud de la Sección II de la Parte XV será definitiva y deberá ser cumplida por todas las partes en la controversia, pero solo tendrá fuerza obligatoria para las partes y respecto de la controversia de que se trate (art. 296).

f) Con respecto a las actividades de investigación científica en la ZEE o en la plataforma continental, el Estado ribereño no estará obligado a aceptar que se someta a los procedimientos obligatorios ninguna controversia que se suscite con motivo de su ejercicio de un derecho o de una facultad discrecional de conformidad con el artículo 246 o de la decisión de ordenar la suspensión o la cesación de un proyecto de investigación de conformidad con el artículo 253, ni una controversia relativa a sus derechos soberanos con respecto a los recursos vivos en la ZEE o al ejercicio de esos derechos (art. 297.2.a).

g) El artículo 298.1 establece excepciones facultativas a la jurisdicción obligatoria. Mediante una declaración por escrito al firmar o ratificar la Convención o adherirse a ella, o en cualquier otro momento posterior, los Estados pueden excluir de la

jurisdicción obligatoria, entre otras, las controversias relativas a la delimitación de las zonas marítimas entre Estados con costas enfrentadas o adyacentes, a bahías o títulos históricos, así como a actividades militares, y las controversias respecto de las cuales el Consejo de Seguridad ejerza las funciones que le confiere la Carta de las Naciones Unidas. La declaración puede ser retirada en cualquier momento³⁵, o el Estado parte que la haya hecho puede convenir en someter una controversia que haya quedado excluida en virtud de esa declaración a cualquiera de los procedimientos especificados en la Convención (art. 298.2).

h) Para algunas de las categorías de controversias a que se refieren los artículos 297 y 298 se ha previsto la obligatoriedad del procedimiento de conciliación. Se trata de las relativas a la investigación científica en la ZEE que se susciten cuando el Estado investigador alegue que, en relación con determinado proyecto, el Estado ribereño no ejerce sus derechos de manera compatible con lo dispuesto en la Convención, así como las controversias que se refieran a la pesca en el mismo espacio, a la delimitación de zonas marítimas y a bahías y títulos históricos. Según el artículo 7 del Anexo V, el informe de la comisión de conciliación constituida no será obligatorio para las partes, por lo que es posible que la sumisión de la controversia al procedimiento de conciliación no lleve a una solución definitiva.

Regresar al Sumario

³⁵La Argentina, en el instrumento de ratificación de la CONVEMAR, declaró no aceptar los procedimientos previstos en la Parte XV, Sección 2, con respecto a las controversias especificadas en los tres apartados del párrafo 1 del artículo 298. El 26 de octubre de 2012 retiró esa declaración, debido al pedido de medidas provisionales al Tribunal Internacional del Derecho del Mar ante el embargo de la fragata Libertad dispuesto por un tribunal de Ghana.

12. Otros espacios comunes internacionales

12.1. Los espacios fuera de la jurisdicción nacional

Sobre ciertos espacios comunes internacionales ningún Estado puede reivindicar soberanía, y esto hace que los regímenes jurídicos que los regulan se basen en principios que no son los que históricamente han prevalecido con respecto a otros espacios.

De algunos de estos espacios, como la alta mar y los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo más allá de las jurisdicciones nacionales, nos hemos ocupado en este capítulo, y hay que agregar el espacio aéreo suprayacente a la alta mar y el espacio ultraterrestre.

“Los bienes comunes globales y los bienes públicos globales son dos conceptos gemelos utilizados en diversos contextos y ámbitos, como el derecho y la economía”, advierte el informe “Nuestra Agenda Común”, que luego amplía el comentario respectivo diciendo que “suele entenderse que los bienes comunes globales son los recursos naturales o culturales que comparte la humanidad y que benefician a todas las personas”, encontrándose entre ellos los cuatro bienes comunes que no están sujetos a la jurisdicción nacional: la alta mar, la atmósfera, la Antártida y el espacio ultraterrestre (párr. 61).

12.2. Patrimonio común de la humanidad

¿Cómo se gestó el concepto de patrimonio común de la humanidad? Tal expresión fue utilizada por primera vez por el presidente de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el tailandés Wan Waithayakon, que en el discurso inaugural de la Conferencia dijo: “El mar es patrimonio común de la humanidad”.

El embajador Arvid Pardo, de Malta, basándose en que el desarrollo tecnológico alcanzado hacía posible la exploración y explotación de los fondos marinos a profundidades mucho mayores que aquellas a las que se podía acceder en una etapa anterior, formuló el 1 de noviembre de 1967 una declaración ante la Primera Comisión proponiendo que se adoptara un efectivo régimen internacional basado en

el concepto de que el lecho del mar y el fondo del océano, más allá de los límites de la jurisdicción nacional, no son susceptibles de apropiación por ningún Estado, como única alternativa que da la seguridad de que los inmensos recursos que existen sobre y debajo del fondo del océano serán explotados sin perjuicio de nadie y en beneficio de todos.

La Asamblea General decidió crear un Comité Especial encargado de estudiar la utilización con fines pacíficos de esos fondos marinos y oceánicos¹. Tres años después, se adoptó la Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional², en la que la Asamblea General declara solemnemente que “los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional (que en adelante se denominarán la Zona), así como los recursos de la Zona, son patrimonio común de la humanidad”³. La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados reitera esos términos.

Faltaba un paso más, la consagración convencional como patrimonio común de la humanidad de los fondos marinos y oceánicos más allá de la jurisdicción nacional, y eso se logró con la adopción de la CONVEMAR.

Mientras tanto, desde la década de 1960 venía desarrollándose el Derecho del Espacio Ultraterrestre, o Derecho Espacial Internacional, pasando de una primera etapa caracterizada por las declaraciones de principios a una etapa en la que aparecen normas convencionales.

12.3. La atmósfera

El espacio aéreo forma parte de la atmósfera, pero la atmósfera, siendo única por la interdependencia de sus partes y porque un daño causado en una parte se extiende a otras, tiene rasgos que la podrían configurar como un espacio común internacional (Barboza, 2010, p. 512), lo cual supondría reconocer la misma condición a los espacios aéreos nacionales.

Lo cierto es que la idea de la atmósfera como bien común global convive con la soberanía del Estado sobre el espacio aéreo que abarca su territorio, lo cual incluye,

¹Resolución 2340 (XXII), del 18 de diciembre de 1967. Argentina formó parte del Comité Especial, junto con Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos y países de otros continentes.

²Resolución 2749 (XXV), del 17 de diciembre de 1970, adoptada con 108 votos a favor, 14 abstenciones y ningún voto en contra.

³Uno de los párrafos del preámbulo de la CONVEMAR hace hincapié en el deseo de desarrollar mediante esa Convención los principios incorporados en la resolución 2749 (XXV).

en términos de la Convención de Chicago de 1944, la extensión territorial y las aguas territoriales adyacentes a ella.

12.4. La Antártida

Ya vimos que hay siete países con reclamaciones de soberanía en la Antártida y lo que dispone el Tratado Antártico al respecto. Y cabe recordar que cuando esas reclamaciones se formularon la Antártida era considerada *res nullius*.

En cuanto a los espacios no reclamados en la Antártida, es claro que están más allá de las jurisdicciones nacionales, “pero su status territorial no parece claramente definido” (Barboza, 2010, p. 511).

El régimen antártico no solo crea obligaciones para los Estados partes, sino que también puede producir efectos respecto de terceros Estados (Casanovas y Rodrigo, 2013, p. 359), ya que aquellos se comprometen, en virtud del artículo 10 del Tratado Antártico, a hacer los esfuerzos apropiados, compatibles con la Carta de las Naciones Unidas, a fin de asegurar que nadie lleva a cabo en la Antártida ninguna actividad contraria a los propósitos y principios del Tratado. Esto refuerza lo expresado en el preámbulo del Tratado acerca del “interés de toda la humanidad en que la Antártida continúe utilizándose siempre exclusivamente para fines pacíficos y que no llegue a ser escenario u objeto de discordia internacional” y de que “la continuación de la armonía internacional en la Antártida promoverá los propósitos y principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas”.

En definitiva, el régimen antártico va más allá de los Estados partes en el sentido ya expresado.

12.5. El Derecho del Espacio Ultraterrestre

La actividad espacial comenzó en 1957 con el lanzamiento por la Unión Soviética del satélite Sputnik I. Más tarde asistimos a la carrera espacial, clara manifestación de la Guerra Fría.

Podemos recordar, además, que Yuri Gagarin fue el primero en orbitar la Tierra (1961), que Valentina Tereshkova fue la primera mujer en orbitar la Tierra, en 1963, y que Neil Armstrong pisó la Luna el 20 de julio de 1969, convirtiéndose en el primer ser humano en hacerlo. Las naves espaciales Apolo y Soyuz se acoplaron el 17 de julio de 1975 y la Estación Espacial Internacional, que se rige por el Acuerdo intergubernamental de 1998, permite una presencia humana multinacional

permanente en el espacio ultraterrestre⁴, a lo que se suma el rover Perseverance captando imágenes y enviando información desde Marte en 2021.

En diciembre de 1958 se estableció una Comisión especial sobre la utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos y al año siguiente, con el deseo de “evitar que las rivalidades nacionales se propaguen a este nuevo campo”, se instituyó la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos⁵. En 1961 la resolución 1721 (XVI), declaró que solo debe explorarse y utilizarse el espacio ultraterrestre en beneficio de la humanidad, y en 1963 la resolución 1884 (XVIII) instó a todos los Estados a abstenerse de poner en órbita alrededor de la Tierra cualquier objeto portador de armas nucleares u otra clase de armas de destrucción masiva, de emplazar esas armas en cuerpos celestes o de colocarlas en cualquier otra forma en el espacio ultraterrestre.

El 19 de diciembre de 1966, la Asamblea General adoptó el Tratado sobre los Principios Jurídicos que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y Otros Cuerpos Celestes. Abierto a la firma en Washington, Londres y Moscú el 27 de enero de 1967, el Tratado entró en vigor el 10 de octubre de 1967, incorporando y desarrollando los principios contenidos en aquella resolución de 1963.

Además del Tratado General del Espacio Ultraterrestre, como también se llama al Tratado recién mencionado, otros instrumentos se han adoptado en la materia. El Acuerdo sobre el Salvamento y la Devolución de Astronautas y la Restitución de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre (1968) obliga a los Estados partes, cuando debido a accidente, peligro o aterrizaje forzoso o involuntario la tripulación de una nave espacial descienda en territorio bajo su jurisdicción, a adoptar de inmediato todas las medidas posibles para salvar a la tripulación y prestarle toda la ayuda necesaria. A su vez, el Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales (1972) establece las normas que regulan la responsabilidad del Estado de lanzamiento y las reclamaciones de indemnización, estipulando que si dos o más Estados lanzan conjuntamente un objeto espacial serán

⁴Todos estos hitos históricos son recordados en el preámbulo de la Declaración aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2011 con ocasión del quincuagésimo aniversario del primer vuelo espacial tripulado.

⁵Resolución 1472 (XIV). La Oficina de las Naciones Unidas de Asuntos del Espacio Ultraterrestre, cuya sede está en Viena, funciona como Secretaría de la Comisión sobre Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos y ayuda a los países en desarrollo a utilizar la tecnología espacial. Además, gestiona la Plataforma de las Naciones Unidas de información obtenida desde el espacio para la gestión de desastres y la respuesta de emergencia, establecida por la Asamblea General en diciembre de 2006.

responsables solidariamente por los daños causados.

El Convenio sobre el Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultraterrestre (1974) dispone que, cuando un objeto espacial sea lanzado en órbita terrestre o más allá, el Estado de lanzamiento procederá a registrar el objeto por medio de su inscripción en un registro que debe llevar a tal efecto y notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la creación de ese registro, mientras que el Acuerdo que Debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y Otros Cuerpos Celestes (1979) establece que todas las actividades que se desarrollen en la Luna, incluso su exploración y utilización, se realizarán de conformidad con el Derecho Internacional, en especial la Carta de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional y prestando la consideración debida a los intereses de todos los otros Estados partes. Declara, además, que la Luna y sus recursos naturales son patrimonio común de la humanidad y enuncia que los Estados partes se comprometen a establecer un régimen internacional que rija la explotación de los recursos naturales de la Luna “cuando esa explotación esté a punto de llegar a ser viable” (art. 11.5). Si bien entró en vigor el 11 de julio de 1984, tiene pocas ratificaciones y las potencias espaciales se muestran reacias a obligarse por él.

En 1982, la resolución 37/92 de la Asamblea General aprobó los Principios que han de regir la utilización por los Estados de satélites artificiales de la Tierra para las transmisiones internacionales directas por televisión, y en 1986 la resolución 41/65 aprobó los Principios relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio⁶. Los Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre fueron aprobados el 14 de diciembre de 1992, mediante resolución 47/68. Siguió la Declaración sobre la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre en beneficio e interés de todos los Estados, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo, aprobada el 13 de diciembre de 1996⁷. Otras resoluciones se han sumado desde 1999.

La Declaración con ocasión del quincuagésimo aniversario del primer vuelo espacial tripulado y del quincuagésimo aniversario de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos fue aprobada el 9 de diciembre de 2011 por medio de la resolución 66/71. Pone de relieve que la cooperación regional e interregional en la esfera de las actividades espaciales es esencial para fortalecer la

⁶Según el Principio I, por “teleobservación” se entiende la observación de la superficie terrestre desde el espacio, utilizando las propiedades de las ondas electromagnéticas emitidas, reflejadas o difractadas por los objetos observados, para mejoramiento de la ordenación de los recursos naturales y la protección del medio ambiente, entre otros fines.

⁷Resolución 51/122.

utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos.

En 2020 y 2021, la Asamblea General ha reafirmado la importancia y la urgencia de lograr el objetivo de prevenir la carrera armamentista en el espacio ultraterrestre, reiterando que incumbe a la Conferencia de Desarme, como único foro de negociación multilateral en esta materia, desempeñar el papel principal en la negociación de uno o varios acuerdos multilaterales sobre la prevención de la carrera armamentista en el espacio ultraterrestre en todos sus aspectos. Destaca el cuerpo que, mientras no se formalice ese acuerdo, hay otras medidas que pueden contribuir a que no se emplacen armas allí. En consecuencia, alienta a todos los Estados, y en especial a los que realizan actividades espaciales, a que consideren la posibilidad de asumir un compromiso político de no ser el primero en emplazar armas en el espacio ultraterrestre⁸.

En el informe “Nuestra Agenda Común”, el Secretario General recuerda que en la época actual se llevan a cabo nuevas actividades de exploración y utilización del espacio ultraterrestre y que “hay programas cuya meta es que los seres humanos vuelvan a la Luna y otros lugares y está previsto el lanzamiento de megaconstelaciones formadas por miles de nuevos satélites” (párr. 90). Remarca asimismo que con la Directrices relativas a la Sostenibilidad a Largo Plazo de las Actividades en el Espacio Ultraterrestre se demuestra “que es posible avanzar en la gobernanza, aunque todavía quedan muchas lagunas” (párr. 91).

El programa Artemis se desarrolla con el objetivo de volver a explorar la Luna, cuya primera misión comenzó el 16 de noviembre de 2022, en lo que fue el primer vuelo de exploración lunar de la NASA del siglo XXI. Ahora la idea es establecer una base lunar en la que los astronautas puedan permanecer varias semanas durante las misiones Artemis. Ese primer vuelo no incluyó tripulantes.

12.6. La regulación del espacio ultraterrestre

¿Dónde se ubica el límite inferior del espacio ultraterrestre? Un sector de la doctrina postula distintos criterios de delimitación: una altura determinada en kilómetros, la máxima altura que puede alcanzar la navegación aérea, el límite de la atmósfera, etc. Otro sector se inclina por un enfoque funcional. Se sostiene que

⁸Resolución 75/37, de 7 de diciembre de 2020, y resolución 76/ 23, de 6 de diciembre de 2021. La resolución 76/230, aprobada el 24 de diciembre de 2021, declara que la exclusión del espacio ultraterrestre del ámbito de la carrera armamentista y su preservación para fines pacíficos debería convertirse en norma obligatoria de las políticas de Estado y en obligación internacional de reconocimiento general.

“el Derecho del Espacio Ultraterrestre no plantea un problema de *límites*, sino de *actividades*”, que la fijación de un límite no cumplirá la función de “deslindar la zona en la que se aplican las normas del Derecho Espacial de la zona en que rige la soberanía del Estado”, y que no se puede “pretender que por el solo hecho de que una determinada actividad se realice a doscientos kilómetros de altura deba estar sometida sin más al régimen de libertad”, porque cualquiera sea la altura en que una actividad se desarrolle los Estados subyacentes tenderán a controlarla de alguna manera si esa actividad puede tener consecuencias sobre ellos (Gutiérrez Espada, 1981).

Entre los Estados ha habido diferentes posturas en la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión del Espacio Ultraterrestre de la Asamblea General. Algunos se han mostrado partidarios de la delimitación del límite inferior⁹. Otros, como los Estados Unidos y el Reino Unido, han hecho hincapié en que la ausencia de delimitación no ha sido obstáculo en la práctica.

¿Qué principios rigen las actividades en el espacio ultraterrestre? El Tratado General del Espacio Ultraterrestre dispone que la exploración y la utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, debe hacerse en provecho y en interés de todos los Estados, sin que importe su grado de desarrollo económico y científico, e incumben a toda la humanidad¹⁰. Es un espacio abierto a todos los Estados sin discriminación alguna y no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso, ocupación o de cualquier otra manera, lo mismo que la Luna y otros cuerpos celestes. Los Estados partes realizarán sus actividades de conformidad con el Derecho Internacional, 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” (art. 3).

Los Estados partes del Tratado se comprometen además a no colocar en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares u otro tipo de armas de destrucción masiva, a no emplazar esas armas en los cuerpos celestes y no colocarlas en el espacio ultraterrestre en ninguna otra forma. La Luna y los demás cuerpos celestes serán utilizados exclusivamente con fines pacíficos y queda prohibido establecer en dichos cuerpos bases, instalaciones y fortificaciones militares,

⁹En un documento presentado por la Unión Soviética ante la Subcomisión de Asuntos Jurídicos por primera vez en 1979 se proponía fijar un límite, estimando que habría acuerdo entre los Estados en que el espacio por encima de los 100/110 km puede considerarse espacio ultraterrestre.

¹⁰En el preámbulo se reconoce “el interés general de toda la humanidad en el progreso de la exploración y utilización del espacio ultraterrestre con fines pacíficos”.

realizar ensayos con cualquier tipo de armas, así como maniobras militares, pero no se prohíbe la utilización de personal militar para investigaciones científicas o cualquier otro objetivo pacífico.

Todos los astronautas serán considerados por los Estados partes como enviados de la humanidad en el espacio ultraterrestre y les prestarán toda la ayuda posible en caso de accidente, peligro o aterrizaje forzoso en el territorio de otro Estado parte o en alta mar.

12.7. La órbita geoestacionaria

Se conoce como órbita geoestacionaria a la órbita que se sitúa a 35.786 kilómetros por encima de la Tierra sobre la línea del ecuador. “Un satélite artificial colocado en ella tiene un período de rotación sincrónico, es decir, similar al período de rotación de la Tierra alrededor de su eje”, y a esto “se agrega la ventaja adicional de mantenerse estacionario en el cielo cuando se le observa desde la Tierra” (De Faramiñán Gilbert, 2012, p. 585).

Un satélite artificial emplazado en esta órbita tiene una situación privilegiada y, por lo tanto, resulta sumamente útil para las telecomunicaciones, la teleobservación y la meteorología, entre otros usos. La órbita geoestacionaria es un recurso natural¹¹ que solo puede albergar un número determinado de satélites.

En la Declaración de Bogotá (1976), Brasil, Colombia, Ecuador y otros países ecuatoriales reivindican soberanía sobre el segmento de la órbita geoestacionaria suprayacente a su territorio y sostienen que la ubicación de un artefacto en ese segmento requerirá autorización previa y expresa del respectivo Estado. Destaca también la Declaración que la órbita geoestacionaria es un recurso natural limitado y, por consiguiente, debe evitarse su saturación. En el seno de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos ya mencionada la pretensión de aquellos países fue objetada por las potencias espaciales y otros Estados con el argumento de que no es compatible con el Tratado del Espacio, cuyo artículo 2 proscribe toda reivindicación de soberanía.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) es el organismo especializado de las Naciones Unidas encargado de la regulación jurídica del acceso de los satélites de comunicaciones a la órbita geoestacionaria. Asigna posiciones orbitales alrededor de la Tierra.

¹¹La órbita geoestacionaria es definida como recurso natural por el artículo 33 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 1973.

Argentina lanzó su primer satélite de comunicaciones geoestacionario, el ARSAT-1, el 16 de octubre de 2014, mientras que el ARSAT-2 fue lanzado el 30 de septiembre de 2015. Ambos satélites se lanzaron desde la Guayana Francesa y se encuentran en la órbita geoestacionaria para brindar diversos servicios, incluyendo internet y telefonía.

Regresar al Sumario

13. Derecho Internacional del Medio Ambiente

13.1. Medio ambiente

Cuidar el medio ambiente es una responsabilidad compartida de los Estados, las organizaciones internacionales, la sociedad civil, las empresas y los ciudadanos de todo el mundo. Como dice el preámbulo de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, es necesario crear nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas y reconocer la naturaleza integral e interdependiente de nuestro hogar, la Tierra.

Los problemas ambientales afectan nuestra calidad de vida. Todo aquello que hagamos en nuestra vida cotidiana para cuidar un recurso tan esencial como el agua y para no contaminar el aire, los ríos, los mares y nuestro propio entorno será una muestra de solidaridad cada vez más necesaria. Si toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que solamente en ella es posible que desarrolle de manera libre y plena su personalidad, como pregona la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 29.1), uno de esos deberes se relaciona con la preservación del medio ambiente.

La Corte Internacional de Justicia reconoció que el medio ambiente está sujeto a amenazas cotidianas y que “no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la propia salud de los seres humanos, incluyendo a las futuras generaciones”¹. Según la definición propuesta por la Comisión de Derecho Internacional, el medio ambiente comprende “los recursos naturales tanto abióticos como bióticos, tales como el aire, el agua, el suelo, la fauna y la flora y la interacción entre esos factores y los aspectos característicos del paisaje”².

Hay que tener en cuenta que “el ambiente no es una mera suma de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto natural de equilibrio” y que el ser humano “integra ese sistema y soporta separadamente la influencia de cada uno de

¹CIJ, opinión consultiva sobre *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, 8 de julio de 1996, párr. 29.

²CDI, Proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, aprobado en 2006.

esos componentes, influencia que registra distinta intensidad y oportunidad según el elemento” (Valls, 2012, p. 4).

Por otro lado, la ecología “es la rama de la biología que trata de las relaciones de los organismos vivos con sus alrededores, sus hábitos y modos de vida” (Sands, 1999, p. 17). Impulsada por Ernst Haeckel en 1866, se orienta principalmente al estudio de los ecosistemas.

13.2. Derecho Internacional del Medio Ambiente

En palabras de Juste Ruiz (1999), el Derecho Internacional Ambiental “es un corpus jurídico que regula el desarrollo de la actividad humana y la explotación de los recursos naturales del planeta mediante el respeto del medio humano y la preservación del equilibrio ecológico” (p. 40).

Es un ordenamiento integrado tanto por normas convencionales como por instrumentos de *soft law*. Distintas conferencias sirvieron de marco para la adopción de los instrumentos que plantean desafíos cada vez mayores a los actores involucrados.

Esta rama del Derecho Internacional se caracteriza por su complejidad, que se debe al carácter multidimensional de los problemas ambientales, a la interrelación de estos problemas y a la pluralidad de actores que intervienen, y por su carácter dinámico, pues los regímenes ambientales específicos han de adaptarse a la evolución de los problemas, al estado de los conocimientos científicos y al grado de compromiso de los Estados (Casanovas y Rodrigo, 2013, p. 374).

13.3. Evolución

En una primera etapa las normas jurídicas internacionales relacionadas con recursos naturales estaban enfocadas en la protección de determinadas especies de la fauna y la flora, sin tener en cuenta las relaciones de los recursos con el medio en que se encuentran. Los recursos existentes en los espacios no sometidos a la jurisdicción estatal eran susceptibles de apropiación sin límites (Barboza, 2010, p. 542).

Entre los instrumentos de este período, destacan la Convención de Londres para la protección de animales salvajes, pájaros y peces en África (1900) y la Convención de París de 1902 para la protección de los pájaros útiles a la agricultura. Otros antecedentes son el Convenio de Ginebra para la Regulación de la Pesca de la Ballena (1931) y el Acuerdo para la Regulación de la Pesca de la Ballena (1937).

Tras la creación de las Naciones Unidas, la preocupación por el medio ambiente,

aunque no centrada todavía en el medio ambiente en su conjunto, fue ganando terreno. En 1946 se adoptó la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas y en 1954, en Londres, la Convención Internacional para la Prevención de la Contaminación por Petróleo de los Mares, sumándose en 1963 la Convención de Viena sobre Responsabilidad por Daños Nucleares.

En marzo de 1972 fue publicado el informe “Los Límites del Crecimiento”, un llamado de atención basado en los niveles de contaminación ambiental y de agotamiento de los recursos que un grupo de investigadores había constatado³.

En junio de 1972 se celebró en Estocolmo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, bajo el lema “sólo tenemos una Tierra”. El 16 de junio la Conferencia adoptó la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que contiene 26 principios. Su preámbulo expresa: “Hemos llegado a un momento en la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio”. El texto reconoce el derecho fundamental del ser humano al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y establece la obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras, señalando también que “al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y fauna silvestres”.

Junto con la Declaración, se aprobó un plan de acción conteniendo 109 recomendaciones. Además, la Asamblea General creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) como uno de sus órganos subsidiarios⁴.

La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados señala que la protección, la preservación y el mejoramiento del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras es responsabilidad de todos los Estados, que deben tratar de establecer sus propias políticas ambientales y de desarrollo en consonancia con esa responsabilidad (art. 30).

El 28 de octubre de 1982, la Asamblea General aprobó la Carta Mundial de la

³En 1970, el Club de Roma, una ONG formada por científicos, empresarios, economistas y políticos, entre otros, encargó a un grupo de investigadores del Massachusetts Institute of Technology la realización de un estudio sobre las tendencias y los problemas más acuciantes para el mundo. En esta investigación se basó el informe de 1972, actualizado en 1992 bajo el título “Más Allá de los Límites del Crecimiento”.

⁴Resolución 2997 (XXVII), del 15 de diciembre de 1972, titulada “Disposiciones institucionales y financieras para la cooperación internacional en lo relativo al medio ambiente”.

Naturaleza⁵, que proclama, entre otras cosas, que no se desperdiciarán los recursos naturales sino que se utilizarán con mesura, de conformidad con los principios enunciados en la Carta, que los recursos biológicos no se utilizarán más allá de su capacidad natural de regeneración y que debe mantenerse o aumentarse la productividad de los suelos.

En 1987, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, creada por la Asamblea General en 1983, presentó el informe titulado “Nuestro futuro común”⁶, conocido también como Informe Brundtland por el nombre de la presidenta de la Comisión, la noruega Gro Harlem Brundtland. “Está en manos de la humanidad hacer que el desarrollo sea sostenible, duradero, o sea, asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias”. Así es presentado el concepto de desarrollo sostenible, uno de los principales aportes del documento.

La Asamblea General transmitió dicho informe a los Estados y a las organizaciones internacionales con la exhortación de incorporarlo a sus políticas respectivas y de promover el concepto de desarrollo sostenible, y en 1990, en su resolución 45/94, reconoció que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar, instando a los Estados miembros y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales que se ocupan de cuestiones ambientales a que intensifiquen sus esfuerzos por un medio ambiente mejor y más sano.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo tuvo lugar en Río de Janeiro entre el 3 y el 14 de junio de 1992. De allí surgió la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, un programa de acción denominado Programa 21 y la Declaración de Principios para un Consenso Global sobre el Manejo, Conservación y Desarrollo Sostenible de Todo Tipo de Bosques. Se adoptaron además la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

La Declaración de Río comienza diciendo que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible” y que “tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. En el plano doméstico, la Declaración pone énfasis en la obligación de los Estados de promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente (principio 11), y en el plano internacional impone diversas obligaciones de comportamiento.

A principios de 1993, la Asamblea General pidió al Consejo Económico y Social

⁵Anexo de la resolución 37/7.

⁶Anexo del documento A/4/427, del 4 de agosto de 1987.

que estableciera una Comisión sobre el Desarrollo Sostenible con carácter de comisión orgánica del Consejo, de conformidad con el artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas⁷, y recomendó que la Comisión cumpliera funciones acordes a lo convenido en el Programa 21.

En 1997, la Asamblea General celebró un período extraordinario de sesiones (Cumbre para la Tierra+5) para considerar la ejecución del Programa 21, y en el documento final se recomendó fijar objetivos jurídicamente vinculantes para reducir las emisiones de los gases de efecto invernadero que causan el cambio climático, entre otras medidas.

La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en 2002 en Johannesburgo, Sudáfrica, adoptó la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, junto con el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. Los principales aportes de esa Declaración son: 1) una nueva concepción del desarrollo sostenible, que agrega el desarrollo social a los dos pilares tradicionales, es decir, el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, y 2) la necesidad de considerar el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente en el contexto de la globalización, que ha traído nuevos problemas y oportunidades (Casanovas y Rodrigo, 2013, p. 373).

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) se celebró en Río de Janeiro del 20 al 22 de junio de 2012. El Documento Final de la Conferencia, titulado “El futuro que queremos”, reafirma todos los principios de la Declaración de Río, en particular el de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, y el compromiso de aplicar el Programa 21, la Declaración de Johannesburgo, el Plan de Aplicación de las Decisiones de Johannesburgo y otros planes y programas de acción. Pone de relieve, además, que el desarrollo sostenible debe ser un proceso inclusivo y centrado en las personas, que son importantes la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres, y que una economía verde debe contribuir a la erradicación de la pobreza, aumentar la inclusión social y crear oportunidades de empleo y de trabajo decente para todos, “manteniendo al mismo tiempo el funcionamiento saludable de los ecosistemas de la Tierra”⁸.

El documento final de la Cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015, titulado “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”⁹, reconoce que la erradicación de la

⁷Resolución 47/191, del 29 de enero de 1993.

⁸Documento Final, que la Asamblea General ha hecho suyo incorporándolo como anexo de la resolución 66/288, del 11 de septiembre de 2012.

⁹Aprobado mediante resolución 70/1 de la Asamblea General, del 25 de septiembre de 2015.

pobreza, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío que enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible. La Agenda define 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas y deja constancia de la decisión de proteger el planeta contra la degradación, incluso mediante el consumo y la producción sostenibles, la gestión sostenible de los recursos naturales y medidas urgentes para hacer frente al cambio climático, de manera que sea posible satisfacer las necesidades de las generaciones presentes y futuras.

En su 21° período de sesiones, la Conferencia de las Partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, reunida en París entre el 30 de noviembre y el 15 de diciembre de 2015, aprobó el Acuerdo de París, cuyo preámbulo reconoce que el cambio climático es un problema de toda la humanidad y que las medidas para hacerle frente deberían respetar, promover y tener en cuenta las respectivas obligaciones relativas a los derechos humanos, el derecho a la salud, los derechos de los pueblos indígenas, las comunidades locales, los migrantes, los niños, las personas con discapacidad y las personas en situaciones vulnerables y el derecho al desarrollo, así como la igualdad de género, el empoderamiento de la mujer y la equidad intergeneracional. El Acuerdo entró en vigor el 4 de noviembre de 2016.

La Conferencia de las Partes (COP), en su calidad de órgano supremo de la Convención Marco sobre el Cambio Climático, examinará regularmente la aplicación de la Convención y de todo otro instrumento jurídico conexo que adopte la Conferencia y tomará las decisiones necesarias para promover la aplicación eficaz de la Convención, según el artículo 7.2 de dicho instrumento. La COP 26 se llevó a cabo del 1 al 12 de noviembre de 2021 en Glasgow, un año después de lo previsto. El aplazamiento se debió a la pandemia de COVID-19.

Mediante resolución 75/280, aprobada el 24 de mayo de 2021, la Asamblea General decidió celebrar la reunión internacional titulada “Estocolmo + 50: un planeta sano para la prosperidad de todos: nuestra responsabilidad, nuestra oportunidad” en Estocolmo, los días 2 y 3 de junio de 2022, en conmemoración del 50° aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y sus documentos finales.

“Nuestra Agenda Común” subraya que el principio de la equidad intergeneracional y recuerda que en 1987 la Comisión sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo llegó a la conclusión de que el “despilfarro” de las generaciones de ese momento estaba “cerrando rápidamente las posibilidades de las generaciones futuras” pidiendo medidas drásticas para protegerlas. Desde entonces se ha reconocido el bienestar de las generaciones futuras en distintos documentos internacionales, así como en la

Declaración de la UNESCO sobre Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, pero esto no necesariamente ha llevado a que se tomaran medidas significativas para responder por los intereses de las generaciones futuras, ni en el ámbito nacional ni el multilateral; en la formulación de políticas sigue predominando el cálculo a corto plazo (párr. 53).

La COP 27, celebrada en Sharm El Sheikh (Egipto) en noviembre de 2022, concluyó con un acuerdo por el cual se crea un fondo de pérdidas y daños para ayudar a pagar los daños que el calentamiento global ha provocado en los países más pobres, pero sin que en paralelo se haya adoptado un plan concreto para contener el uso de los combustibles fósiles, que es una de las causas del calentamiento global.

13.4. Cambio climático

En forma constante, desde el inicio de la era industrial, la acumulación en la atmósfera de gases de efecto invernadero ha generado un incremento permanente de la temperatura en el planeta, alcanzando tal nivel que las consecuencias son cada vez más adversas. El cambio climático causa daño a un bien común a toda la humanidad, como es la atmósfera (Valls, 2012, p. 16).

En 1988, el PNUMA y la Organización Meteorológica Mundial (OMM) crearon el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático con la finalidad de aumentar el nivel de conocimiento científico del fenómeno en cuestión y elaborar un plan para orientar las acciones a futuro.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático refleja, ya en su preámbulo, la preocupación de la comunidad internacional porque las actividades humanas han ido aumentando sustancialmente las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, y ese aumento intensifica el efecto invernadero natural, lo cual da como resultado un calentamiento adicional de la superficie y la atmósfera de la Tierra y puede afectar adversamente a los ecosistemas naturales y a la humanidad.

Para los efectos de la Convención, por “cambio climático” se entiende “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables” (art. 1.2), y por “gases de efecto invernadero” los “componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja” (art. 1.5). El objetivo último de la Convención y de todo instrumento jurídico conexas es lograr “la

estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático” (art. 2), y para avanzar hacia ese meta el compromiso asumido por los países desarrollados y los demás países incluidos en el Anexo I de la Convención, que sean partes en ella, es reducir a los niveles de 1990 las emisiones antropógenas (es decir, las que son el resultado de actividades humanas) de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal¹⁰, como el metano y el óxido nitroso, entre otros.

En virtud del Mandato de Berlín, aprobado en la primera Conferencia de las Partes (Berlín, 1995), comenzó un proceso para definir compromisos más firmes, lo que llevó a la adopción en 1997 del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Dicho instrumento, en vigor desde febrero de 2005, obligaba a los países desarrollados a reducir sus emisiones colectivas de seis gases de efecto invernadero a un nivel inferior en no menos del 5 % al de 1990 en el período entre 2008 y 2012, según lo convenido en el artículo 3.1 del Protocolo.

Concluido ese primer período de compromiso cuantificado de limitación y reducción de las emisiones, previsto en artículo 3.7 del Protocolo, el segundo período de compromiso, establecido por la Conferencia de las Partes (COP 18), comenzó en 2013 y se extendió hasta fines de 2020.

El Acuerdo de París tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, procurando mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de los 2 °C con respecto a los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C con respecto a dichos niveles, así como aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, para no comprometer la producción de alimentos. Para cumplir el objetivo a largo plazo relativo a la temperatura establecido en el artículo 2, las partes se proponen lograr que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero alcancen su punto máximo lo antes posible, teniendo presente que los países en desarrollo tardarán más en lograrlo, y a partir de ese momento reducir rápidamente las emisiones para alcanzar un equilibrio entre las emisiones y la absorción en la segunda mitad del siglo, “sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza” (art. 4). Las

¹⁰El Protocolo de Montreal de la Convención de Viena para la Protección de la Capa de Ozono tiene por objeto reducir la producción y el consumo de ciertas sustancias que pueden agotar considerablemente la capa de ozono y modificarla en una forma que podría tener repercusiones nocivas sobre la salud y el medio ambiente. Entró en vigor en 1989.

partes que son países desarrollados deberán proporcionar recursos financieros a las partes que son países en desarrollo para prestarles asistencia tanto en la mitigación de los efectos adversos del cambio climático como en la adaptación a él¹¹.

Las medidas de adaptación que reducen la vulnerabilidad al cambio climático son fundamentales para reducir los impactos actuales, en especial en los países donde los riesgos se presentan “aquí y ahora”, y para aumentar la resiliencia a los impactos futuros (Carpenter, 2014, p. 24).

“Nuestro clima, nuestro medio ambiente y nuestro planeta son bienes comunes globales de importancia crucial que debemos proteger para que puedan disfrutarlos todas las personas, tanto en el presente como en el futuro”, subraya el informe “Nuestra Agenda Común” (párr. 78). Ya se han alcanzado los 1,2 grados centígrados por encima de los niveles preindustriales y “el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático nos advirtió en agosto de 2021 que el riesgo de alcanzar el peligroso umbral de los 1,5 grados centígrados a corto plazo era inminente” (párr. 78).

En octubre de 2022 la Asamblea General aprobó una resolución en la que pide aumentar el apoyo financiero a los países en desarrollo para enfrentar el cambio climático.

13.5. Los principios generales

Los principios del Derecho Internacional Ambiental son su columna vertebral y están presentes en los tratados y declaraciones que hemos visto en este capítulo y en otros instrumentos internacionales, así como en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, decisiones de la Conferencia de las Partes e informes y documentos diversos. Además, son aplicados por tribunales nacionales e internacionales.

a) Principio de no causar daño ambiental transfronterizo

Está enunciado como principio 21 en la Declaración de Estocolmo: de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los compromisos del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y “la obligación de asegurar que las actividades que

¹¹Artículo 9.1 del Acuerdo de París. La adaptación es un desafío mundial que incumbe a todos, con dimensiones locales, subnacionales, nacionales, regionales e internacionales, y es un componente fundamental de la respuesta mundial a largo plazo frente al cambio climático (art. 7.2). Véase el Marco de Adaptación de Cancún.

se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

También aparece como principio 2 en la Declaración de Río: de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, “y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daño al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

De los principios de Derecho Internacional, el más directamente relacionado con el tema que nos ocupa es el de la igualdad soberana. Porque si los Estados son jurídicamente iguales y tienen los mismos derechos y deberes, la lógica consecuencia de ello es que ningún Estado puede ejercer sus derechos en desmedro de los derechos de otro Estado.

El principio de no causar daño ambiental transfronterizo es una derivación del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (utiliza lo tuyo sin perjudicar lo ajeno). Está relacionado, además, con la buena vecindad¹², aunque debe tenerse en cuenta que el daño transfronterizo puede afectar a un Estado con el cual el Estado de origen tiene o no fronteras comunes, como se desprende del proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas (art. 2.c).

En el caso de la Fundición de Trail (1941), el laudo arbitral señaló: “Ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio en forma tal que el territorio de otro Estado o las personas o propiedades que allí se encuentran sufran daño”¹³. Este criterio fue adoptado en el caso del *Estrecho de Corfú* (1949) y en el laudo del caso *Lago Lanós* (1956), siendo indudable que ambos pronunciamientos contribuyeron a cristalizar el principio general de que un Estado no puede utilizar su territorio en detrimento de los derechos de otro Estado, principio que, en materia ambiental, se tradujo en el principio de prohibición del daño ambiental transfronterizo (Mollar, 2015, p. 880).

¹²En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano la delegación de la Argentina planteó el principio de la buena vecindad ecológica, una derivación del principio de buena vecindad (preámbulo y artículo 74 de la Carta de las Naciones Unidas). El principio de la buena vecindad ecológica fue incorporado en la resolución 334 (XV), adoptada por la Comisión Económica para América Latina en 1973.

¹³Laudo arbitral de 11 de marzo de 1941. El conflicto se originó a raíz del daño transfronterizo causado en territorio de los Estados Unidos por las emanaciones de dióxido sulfúrico de una fundición de zinc y plomo ubicada en Trail, Canadá.

En la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (1996), la CIJ ha dicho que la existencia de la obligación general de que los Estados velen por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente¹⁴. Esta misma consideración se encuentra en el párrafo 193 de la sentencia en el asunto de las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay* (2010).

El principio bajo análisis está consagrado en uno de los párrafos del preámbulo de la Convención Marco sobre el Cambio Climático, que reproduce los términos utilizados en la Declaración de Río. También aparece enunciado en otros instrumentos¹⁵.

b) Principio de prevención

El proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, remarca en su preámbulo “que la libertad de los Estados de realizar o permitir actividades en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control no es ilimitada”. Luego aclara que las actividades a que se refiere son aquellas no prohibidas por el Derecho Internacional “que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible”, y señala que el Estado de origen (el Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan esas actividades) debe adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. También contempla que los Estados interesados (es decir, el Estado de origen y el Estado que pueda resultar afectado) deberán adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que resulten necesarias, incluyendo el establecimiento de mecanismos de vigilancia apropiados, para aplicar las disposiciones de los artículos del proyecto (art. 5).

Además, cualquier decisión sobre la autorización de una actividad de las comprendidas en los artículos del proyecto deberá basarse en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar esa actividad, incluida la evaluación del impacto ambiental (art. 7).

En su sentencia en el asunto *Gabcíkovo-Nagymaros*, la CIJ ha afirmado que “la vigilancia y la prevención se imponen en razón del carácter a menudo irreversible de

¹⁴CIJ, *Recueil*, 1996, párr. 29.

¹⁵Entre ellos, el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, la Convención sobre la Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación y la CONVEMAR.

los daños causados al medio ambiente y de los límites inherentes al mecanismo de reparación de este tipo de daños” (párr. 147).

En el caso de las *Plantas de celulosa en el río Uruguay*, la CIJ observó que el “principio de prevención, en tanto que norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio” y que un Estado tiene la obligación de “usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente de otro Estado” (párr. 101). Esta obligación de comportamiento implica también un cierto nivel de vigilancia en la ejecución de las medidas adoptadas “y en el ejercicio del control administrativo aplicable a los operadores públicos y privados, para salvaguardar los derechos de la otra parte” (párr. 197).

El principio de prevención aparece enunciado en la Declaración de Río (principio 2) y en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, entre otros instrumentos internacionales.

c) Principio de precaución

Objeto de controversia, pues parte de la doctrina considera que no es un principio sino un enfoque, criterio que también se observa entre los Estados, el principio de precaución está relacionado con el riesgo incierto; en cambio, el de prevención tiene que ver con el riesgo cierto (Drnas de Clément, 2008, p. 13). Tras su formulación en el Derecho alemán, fue ganando terreno en el ámbito internacional a partir de la década de 1980.

Aparece enunciado como principio 15 en la Declaración de Río: “Cuando haya un peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

La Declaración de Nueva Delhi (2002), de la International Law Association (ILA), remarca que el principio precautorio es central “para evitar toda acción humana que pueda provocar daños significativos a la salud humana, los recursos naturales o los ecosistemas, incluso a falta de certeza científica” (párr. 4.1).

El principio se halla expresamente formulado en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Las partes deberían tomar medidas de precaución para prever, prevenir o reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave o irreversible, no

debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para posponer tales medidas (art. 3.3)¹⁶.

Si bien se sostiene que dicho principio se ha convertido en norma consuetudinaria del Derecho Internacional general y ciertos Estados, como los de la Unión Europea, parecen convencidos de ello (Casanovas y Rodrigo, 2013, p. 378), la jurisprudencia internacional no ha convalidado esa postura, al menos en forma plena. En este sentido, se observa que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar considera que el enfoque de precaución ha iniciado una tendencia a formar parte del Derecho Internacional consuetudinario y que es parte integral de la obligación general de debida diligencia, obligación que aplica a situaciones donde la evidencia científica sobre el alcance y potencial impacto negativo de la actividad en cuestión sea insuficiente pero existan indicadores plausibles de los riesgos potenciales¹⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por otro lado, que al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe buscarse siempre el “mejor ángulo” para la protección de la persona; por lo tanto, entiende que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, en casos donde haya indicadores plausibles de que una actividad podría causar daños graves e irreversibles al medio ambiente, incluso en ausencia de certeza científica, adoptando las medidas que sean eficaces para prevenir un daño grave e irreversible¹⁸.

d) Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas

La Declaración de Río lo enuncia de manera imperativa diciendo que los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra y que, en vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo

¹⁶El principio precautorio también aparece en otros instrumentos internacionales, entre ellos la Convención de Viena sobre la Protección de la Capa de Ozono, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y su Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (2000) y el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (2004).

¹⁷TIDM, Opinión Consultiva sobre *Responsabilidades y Obligaciones de los Estados respecto de actividades en la Zona*, de 1 de febrero de 2011, párrs. 135 y 131.

¹⁸Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, *Medio ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal - Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 180.

sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen (principio 7).

En la Convención Marco sobre el Cambio Climático se hace referencia al principio en el preámbulo, y de manera más explícita en el artículo 3.1: “Las Partes deberían proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades”. Por consiguiente, “las Partes que son países desarrollados deberían tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos”.

Encontramos una justificación de las responsabilidades diferenciadas en el preámbulo de la Convención, cuyo tercer párrafo afirma que, “tanto históricamente como en la actualidad”, la mayor parte de las emisiones de gases de efecto invernadero se ha originado en los países desarrollados. Otro fundamento reside en la diferente capacidad tecnológica, financiera y organizativa para hacer frente a los problemas ambientales globales (Casanovas y Rodrigo, 2013, p. 379). Por eso, la Convención postula que, en la protección del medio ambiente, cada Estado debería actuar de acuerdo con su respectiva capacidad.

Resulta justo, entonces, que las obligaciones de los Estados desarrollados sean mayores que las de los Estados en desarrollo, especialmente en lo que respecta al cambio climático. El concepto de justicia climática aparece estrechamente relacionado con el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y es de destacar que el preámbulo del Acuerdo de París hace foco en la importancia que tiene para algunos ese concepto al adoptarse medidas para hacer frente al cambio climático.

e) Principio “quien contamina paga”

Antes de su recepción en la Declaración de Río, el principio “quien contamina paga” ya estaba presente en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), donde tomó impulso en la década de 1970. La Declaración de Río lo proclama como principio 16 al decir que las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internacionalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación. El principio es cuestionado por la doctrina desde el punto de vista ético, con el argumento de que permite contaminar siempre que se pague un precio por ello (Tripelli, 2008, p. 70).

El proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas, elaborado por la CDI, prevé

que las medidas necesarias a fin de que las víctimas reciban una pronta y adecuada indemnización “deberían incluir la asignación de la responsabilidad al explotador o, cuando proceda, a otra persona o entidad” y que “esa responsabilidad no debería depender de la prueba de la culpa” (principio 4.2). Si las medidas son insuficientes para garantizar una indemnización adecuada, “el Estado también debería velar por que se asignen recursos financieros adicionales” (principio 4.5).

f) Principio de cooperación

La Declaración de Estocolmo postula que todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones ambientales internacionales mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, teniendo debidamente en cuenta la soberanía y los intereses de todos los Estados (principio 24).

Cooperación con espíritu de solidaridad mundial promueve la Declaración de Río. Así, el principio 5 declara que todos los Estados y todas las personas deben cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza, porque el logro de tal objetivo es requisito indispensable del desarrollo sostenible, y el principio 9 se enfoca en la cooperación en el fortalecimiento de la capacidad de los Estados para lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico a través del intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos e intensificando el desarrollo y la transferencia de tecnologías, incluso tecnologías nuevas e innovadoras. El principio 12 se refiere a la cooperación en la promoción de un sistema económico internacional que lleve al desarrollo sostenible de todos los países, mientras que el principio 14 postula que los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o sean nocivas para la salud humana.

g) Principio de participación pública y acceso a la información y la justicia

Uno de los párrafos del preámbulo de la Declaración de Estocolmo remarca la necesidad de que “ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos, acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en la labor común”. Según otro principio consagrado en la Declaración, es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste debida atención al sector de la población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y el mejoramiento del medio ambiente en toda su dimensión humana.

El mismo principio subraya que es “esencial que los medios de comunicación de masas eviten contribuir al deterioro del medio humano y difundan, por el contrario, información de carácter educativo sobre la necesidad de protegerlo y mejorarlo” (principio 19).

El principio 10 de la Declaración de Río favorece la participación de la sociedad civil: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de los ciudadanos, en el nivel que corresponda”. Toda persona deberá tener acceso a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todas las personas. Debe proporcionarse, además, acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos los relativos al resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

La plena participación de las mujeres para lograr el desarrollo sostenible, junto con la de los jóvenes, las poblaciones indígenas y las comunidades locales, es fomentada en otros principios de la Declaración de Río (principios 20 a 22).

El Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, firmado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998, da un contenido más preciso al principio que aquí comentamos, vinculando el medio ambiente y los derechos humanos. Su preámbulo reconoce que “una protección adecuada del medio ambiente es esencial para el bienestar humano, así como para el goce de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la vida”, y proclama el derecho de toda persona “a vivir en un medio ambiente que le permita garantizar su salud y su bienestar, y el deber, tanto individualmente como en asociación con otros, de proteger y mejorar el medio ambiente en interés de las generaciones presentes y futuras”.

Si bien fue adoptado en el marco de la Comisión Económica para Europa, el Convenio permite la adhesión de todo Estado miembro de las Naciones Unidas con la aprobación de la Reunión de las Partes (art. 19.3).

El 4 de marzo de 2018 se adoptó en Escazú (Costa Rica) el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, que entró en vigor el 22 de abril de 2021. El Acuerdo define que por “derechos de acceso” se entiende el derecho de acceso a la información ambiental, así como el derecho de participación

en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, y establece que cada Parte se guiará por los siguientes principios en la implementación del Acuerdo: a) principio de igualdad y principio de no discriminación; b) principio de transparencia y principio de rendición de cuentas; c) principio de no regresión y principio de progresividad; d) principio de buena fe; e) principio preventivo; f) principio precautorio; g) principio de equidad intergeneracional; h) principio de máxima publicidad; i) principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales; j) principio de igualdad soberana de los Estados; k) principio *pro persona*.

Cada Parte podrá promover la educación, la capacitación y la sensibilización en temas ambientales mediante la inclusión de módulos educativos básicos sobre los derechos de acceso para estudiantes en todos los niveles educacionales (art. 10.2.d).

h) Principio de desarrollo sostenible

El principio 3 de la Declaración de Río reconoce el derecho al desarrollo, que debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y a las necesidades ambientales de las generaciones presentes y futuras. El principio 4 pone énfasis en que, a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente debe constituir parte integrante del proceso de desarrollo, por lo que no podrá considerarse en forma aislada.

El concepto de desarrollo sostenible tiene entonces connotaciones ambientales y económicas. Constituye un nexo entre el Derecho Internacional Ambiental y el Derecho Internacional del Desarrollo¹⁹.

De acuerdo con el principio 24 de la Declaración de Río, “la guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible”, y por eso los Estados deberán respetar el Derecho Internacional proporcionando protección al medio ambiente en caso de conflicto armado. El principio 25 del mismo instrumento proclama que “la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables”.

Esta relación se ve también reflejada en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que reafirma todos los principios de la Declaración de Río, incluido el de responsabilidades comunes pero diferenciadas, y señala que los desafíos y compromisos mencionados en las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas, que han establecido una base sólida para el desarrollo sostenible y ayudado a conformar la nueva Agenda, “están relacionados entre sí y requieren soluciones integradas”.

¹⁹Esta conexión se aprecia claramente en el principio 11 de la Declaración de Estocolmo.

13.6. Medio ambiente y derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce “la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los afectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos”²⁰. De la relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible surgen múltiples puntos de conexión, según el párrafo 54 de la OC-23/17.

Por su parte, el Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible ha subrayado que un aspecto inusual del desarrollo de las normas de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente es el hecho de que esas normas no se basan primordialmente en el reconocimiento expreso de un derecho humano a un medio ambiente saludable, aclarando que si bien ese derecho ha sido reconocido de diversas formas en acuerdos regionales y en la mayoría de las constituciones nacionales “no se ha aplicado en el contexto de un acuerdo de derechos humanos de aplicación mundial”²¹. El mismo informe, en los párrafos 13 y 14, pone de resalto que “el reconocimiento expreso del derecho humano a un medio ambiente saludable resultó ser innecesario para la aplicación de las normas de derechos humanos a las cuestiones ambientales”, pero que es “significativo que la gran mayoría de los países del mundo hayan reconocido ese derecho en el plano nacional o regional o en ambos”, por lo que recomienda que el Consejo de Derechos Humanos “considere la posibilidad de apoyar el reconocimiento de ese derecho en un instrumento mundial”.

El informe apunta también que, incluso sin un reconocimiento oficial, la expresión “derecho humano a un medio ambiente saludable” ya se utiliza para referirse a los aspectos ambientales de toda la gama de derechos humanos que dependen de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. También deja en claro el informe que la utilización de la expresión de esa manera no modifica el contenido jurídico de las obligaciones que se basan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero “tiene ventajas reales”, porque hace cobrar conciencia de que las normas de derechos humanos exigen la protección del medio ambiente y pone de

²⁰Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 47.

²¹Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John Knox, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en el 37° período de sesiones, celebrado del 26 de febrero al 23 de marzo de 2018, párr. 11.

manifiesto que la protección del medio ambiente tiene la misma importancia que otros intereses humanos que son fundamentales para la dignidad, la igualdad y la libertad de la persona, además de contribuir “a garantizar que las normas de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente sigan desarrollándose de manera coherente e integrada”, resultando notorio que el reconocimiento de ese derecho en una resolución de la Asamblea General reforzaría más todas las ventajas (párr. 16).

La Corte Interamericana ha dado impulso a la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano al decir que, adicionalmente, debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, así como en la Declaración Americana (en la medida que esta “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”), y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en su artículo 29²². En el plano contencioso, la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano ha sido confirmada en el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (“Nuestra Tierra”) vs. Argentina* (2020), cuya sentencia declara que el Estado es responsable por la violación de los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de 132 comunidades indígenas²³.

Los derechos humanos y la protección del medio ambiente son interdependientes. Un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible es necesario para el pleno disfrute de los derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, al más alto nivel posible de salud física y mental, a un nivel de vida adecuado, a la alimentación adecuada, al agua potable y el saneamiento, a la vivienda, a la participación en la vida cultural y al desarrollo, así como al derecho a un medio ambiente saludable. Al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos humanos a la libertad de expresión y de asociación, a la educación, a la información, a la participación y al acceso a recursos efectivos es fundamental para la protección del medio ambiente²⁴.

²²Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 57.

²³Corte IDH, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (“Nuestra Tierra”) vs. Argentina*. Sentencia del 6 de febrero de 2020, punto resolutivo 3.

²⁴Comentarios sobre los principios marco 1 y 2, que forman parte de los Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente, anexo del informe del Relator Especial John Knox mencionado en la nota 32.

Por su parte, la Corte Interamericana considera que entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales se encuentran los derechos a la vida, a la integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad y el derecho a no ser desplazado forzosamente. Aclara además que, sin perjuicio de los mencionados, son también vulnerables otros derechos, de acuerdo con el artículo 29 de la Convención Americana, cuya violación también afecta los derechos a la vida, libertad y seguridad de las personas e infringe el deber de conducirse fraternalmente, como el derecho a la paz, ya que los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la del territorio al que se desplaza esa población²⁵. Desde hace varios años, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos la categoría de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se ha ampliado para convertirse en derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

13.7. Armonía con la naturaleza

En los párrafos 59 y 62 de la OC-23/17 se señala que el derecho a un medio ambiente sano tiene connotaciones individuales y colectivas, y que es importante destacar que como derecho autónomo protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, incluso en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo para las personas; se busca proteger la naturaleza y el medio ambiente no solo por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. De este modo, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto del contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal (párr. 63).

Desde 2009, la Asamblea General viene aprobando resoluciones relativas a la armonía con la naturaleza. En la resolución 75/220, aprobada el de 21 de diciembre de 2020, se reconoce que el planeta Tierra y sus ecosistemas son nuestro hogar y que “Madre Tierra” es una expresión común en diversos países y regiones, observándose que algunos países reconocen los derechos de la naturaleza o la Madre Tierra en el contexto de la promoción del desarrollo sostenible. La resolución expresa además la convicción de que, para lograr un justo equilibrio entre las necesidades económicas,

²⁵Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 66.

sociales y ambientales de las generaciones presentes y futuras, es necesario promover la armonía con la naturaleza.

El informe del Secretario General presentado en el septuagésimo quinto período de sesiones (2020) destaca que “la clave de la sostenibilidad y la salud del planeta consiste en restablecer la relación que la humanidad ha perdido con la tierra y con la Naturaleza en sus conjunto” (párr. 17)²⁶. Otro párrafo del informe afirma que si la humanidad está dispuesta a frenar el consumo para proteger la vida en la Tierra de forma genuina y dejar de considerar la naturaleza como un objeto que manipular y explotar, “es preciso prestar más atención a los valores y a la noción de ‘necesidades frente a deseos’” (párr. 18). El 16 de abril de 2021 la Asamblea General aprobó la resolución 75/271, titulada “La naturaleza no conoce fronteras: la cooperación transfronteriza un factor clave para la conservación, la restauración y la utilización sostenible de la diversidad biológica”, poniendo de relieve que para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible es importante conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica y restaurar los ecosistemas y mantenerlos en un estado saludable.

13.8. Derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible

El 8 de octubre de 2021 el Consejo de Derechos Humanos aprobó la resolución 48/13 en la que reconoce “el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano importante para el disfrute de los derechos humanos”, y observa que ese derecho “está relacionado con otros derechos y el derecho internacional vigente”. Luego afirma que la promoción de tal derecho “requiere la plena aplicación de los acuerdos multilaterales relativos al medio ambiente con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional”.

La Asamblea General, mediante resolución 76/300, aprobada el 28 de julio de 2022, luego de afirmar la importancia del ambiente limpio, saludable y sostenible para el disfrute de todos los derechos humanos y de observar que una gran mayoría de Estados ha reconocido de alguna forma ese derecho en acuerdos internacionales o en sus constituciones, leyes o políticas nacionales, reconoce “el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano” y reitera los términos de la resolución del Consejo de Derechos Humanos de 2021.

Regresar al Sumario

²⁶Informe del Secretario General sobre Armonía con la Naturaleza. Doc. A/75/266.

14. La representación del Estado en las relaciones internacionales

14.1. Consideraciones generales

En el plano internacional, los Estados actúan a través de órganos cuyas atribuciones están reguladas en normas internas y en normas internacionales. Los órganos del Estado en las relaciones internacionales se dividen en centrales y externos, o centrales y periféricos.

Por otro lado, es posible distinguir entre diplomacia *lato sensu* y diplomacia *stricto sensu*. La primera abarca el conjunto de órganos encargados de las relaciones oficiales formales y pacíficas con otros sujetos, es decir, los llamados órganos centrales para las relaciones exteriores y los órganos externos para estas relaciones, incluyéndose las personas que los encarnan o que en ellos se integran, en calidad de representantes del sujeto de derecho internacional (Vilariño Pintos, 2011). En sentido estricto, diplomacia es la acción que llevan a cabo los órganos centrales y los externos.

Hay que distinguir entre diplomacia y política exterior. Esta última es la acción *ad extra* de un sujeto de Derecho Internacional o, en un sentido más específico, la fijación y decisión de los objetivos a alcanzar por ese sujeto, en función de sus intereses, en sus relaciones con otros sujetos (Vilariño Pintos, 2011), mientras que la diplomacia es la actividad desplegada para ejecutar la política exterior.

El primer párrafo del preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas evoca “que desde antiguos tiempos los pueblos de todas las naciones han reconocido el estatuto de los funcionarios diplomáticos”.

14.2. Jefe de Estado y jefe de gobierno

El jefe de Estado es el más alto representante del Estado en las relaciones internacionales. De acuerdo con el régimen constitucional, las competencias en el plano internacional pueden estar divididas entre el jefe de Estado y el jefe de gobierno, o el jefe de Estado puede ser también el jefe de gobierno.

La dirección de la política exterior corresponde al jefe de Estado, cuando cumple

al mismo tiempo la función de jefe de gobierno, o a este último, en caso contrario, y ya hemos visto, en el marco del Derecho de los Tratados, que los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores, en virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, representan a su Estado para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado.

El Derecho Internacional consuetudinario reconoce a los jefes de Estado y a los jefes de gobierno ciertos privilegios e inmunidades cuando se hallan en un Estado que no es el suyo. Cuando un jefe de Estado encabece una misión especial, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional a los jefes de Estado en visita oficial, dice el artículo 21.1 de la Convención sobre las Misiones Especiales de 1969.

Ante todo, el jefe de Estado goza de inviolabilidad, lo que significa que no puede ser objeto de detención o arresto ni de medidas coercitivas sobre su residencia o bienes. La inviolabilidad requiere que el jefe de Estado sea especialmente protegido para no sufrir ningún atentado contra su integridad física o su libertad. De acuerdo con la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (1977), son personas internacionalmente protegidas un jefe de Estado, incluso cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la constitución respectiva, cumpla las funciones de jefe de Estado, un jefe de gobierno o un ministro de relaciones exteriores, siempre que tal persona se encuentre en un Estado extranjero, así como los miembros de su familia que lo acompañen (art. 1.1.a).

El jefe de Estado goza de inmunidad total de jurisdicción penal. En materia de jurisdicción civil, existe inmunidad por los actos que realice en su condición de jefe de Estado, y con respecto a los actos realizados a título privado la jurisprudencia de los tribunales nacionales no es uniforme.

El jefe de gobierno, cuando se halle en un país extranjero, gozará también de inviolabilidad y de absoluta inmunidad de jurisdicción penal, aunque esta inmunidad no es obstáculo para que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia sobre él cuando correspondiere, lo mismo que en el caso del jefe de Estado. La Convención de Viena sobre Misiones Especiales dispone que cuando el jefe de gobierno participe en una misión especial del Estado que envía gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la Convención, de las facilidades y los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional (art. 21.2).

Una vez que los jefes de Estado o de gobierno dejan el cargo, ¿subsisten las inmunidades jurisdiccionales? La cuestión se planteó cuando Pinochet, presidente de

Chile desde 1973 a 1990, fue detenido en 1998 en el Reino Unido a raíz de un pedido de extradición de la justicia española. El Comité de Apelación de la Cámara de los Lores entendió que no existía inmunidad *ratione materiae* porque organizar actos de tortura de manera sistemática, como política de Estado, no podía considerarse como un acto normal en el ejercicio de las funciones de un jefe de Estado, ya que tales actos son contrarios al Derecho Internacional, y decidió que Pinochet solamente podía ser extraditado por las acusaciones relativas a los crímenes de tortura y conspiración para torturar que se hubieran cometido en el período posterior al 8 de diciembre de 1988, fecha en que el Reino Unido ratificó la Convención contra la Tortura y este instrumento se convirtió así en obligatorio para los países involucrados en la cuestión, es decir, el Reino Unido, España y Chile¹. En marzo del año 2000, el secretario de Interior británico, Jack Straw, dispuso la libertad de Pinochet señalando que los informes sobre su estado de salud indicaban que no estaba en condiciones de ser juzgado.

14.3. Ministro de relaciones exteriores

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas dispone, en su artículo 41.2, que todos los asuntos oficiales de una misión diplomática han de ser tratados con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor, o por conducto de él, o con el Ministerio que se haya convenido. Esta norma muestra el rol principal que juega el ministro de relaciones exteriores del Estado receptor con respecto a los órganos externos de otros Estados.

En la doctrina se cita a Oppenheim para calificar al ministro de relaciones exteriores de intermediario entre el jefe de Estado y los órganos externos de los Estados extranjeros (Sorensen, 1992, p. 383). Las comunicaciones entre los respectivos gobiernos deben llegar a dicho ministro o partir de él, es decir, son dirigidas por el representante acreditado del Estado extranjero al ministro de relaciones exteriores del país anfitrión, o viceversa.

Las instrucciones al jefe de misión, o al conjunto de los agentes diplomáticos de la misión, son dadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado acreditante, del cual depende el servicio exterior. Las instrucciones son las líneas generales o criterios básicos de actuación que el Estado acreditante da a la misión diplomática,

¹Sentencia del 24 de marzo de 1999, por la cual el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores, por seis votos contra uno, aceptó la apelación interpuesta en representación del Gobierno de España contra la sentencia de la High Court (Alta Corte), del 28 de octubre de 1998, que había reconocido inmunidad a Pinochet en su calidad de ex jefe de Estado.

o a su jefe, “sobre los objetivos a conseguir y modos de proceder” (Vilariño Pintos, 2011, p. 204). Los agentes diplomáticos deben ajustarse a las instrucciones recibidas.

El ministro de relaciones exteriores cumple otras funciones, como veremos. En el caso de los países de nuestra región, forman parte, incluso, de ciertos órganos de organizaciones internacionales.

Cuando tal funcionario se encuentra fuera de su país en misión oficial, ¿goza de privilegios e inmunidades? En el caso de la *Orden de detención*, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales constituyen una orientación útil sobre ciertos aspectos de la cuestión de las inmunidades, aunque no contienen disposiciones que definan concretamente las inmunidades de los ministros de relaciones exteriores, por lo que ha de recurrirse al Derecho Internacional consuetudinario, del cual surge que las inmunidades de las que gozan “no se reconocen en su beneficio personal, sino para garantizar la eficacia de sus funciones en nombre de sus respectivos Estados”. Al cabo de un examen de las funciones del ministro de relaciones exteriores, la Corte llega a la conclusión de que, mientras las desempeñe, disfruta, cuando se encuentre en el extranjero, de inmunidad total de jurisdicción penal y de inviolabilidad².

La Convención sobre las Misiones Especiales establece que el ministro de relaciones exteriores, cuando participe en una misión especial del Estado que envía, gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado, además de lo que otorga la Convención, de las facilidades y los privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional. Y hemos visto que es una de las personas internacionalmente protegidas en virtud de la Convención de 1977 antes mencionada.

14.4. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas

La Asamblea General convocó en 1959 una Conferencia de Plenipotenciarios a realizarse en Viena en 1961, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas. El 18 de abril de 1961 la Conferencia adoptó la Convención sobre Relaciones Diplomáticas, que entró en vigor el 24 de abril de 1964. Las normas del Derecho Internacional consuetudinario seguirán rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en la Convención, señala su preámbulo.

²CIJ, asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000, República Democrática del Congo c. Bélgica, sentencia del 14 de febrero de 2002*, párr. 49.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas solo regula las relaciones diplomáticas permanentes entre Estados. Otro aspecto digno de nota es que carece de una definición de misión diplomática y se convierte así en el único convenio codificador del Derecho Diplomático que no define el órgano básico para la relación concreta que regula (Vilariño Pintos, 2011, p. 173).

Además, permite que, por costumbre o acuerdo, los Estados se concedan recíprocamente un trato más favorable que el requerido en sus propias disposiciones, sin que esto se considere como discriminatorio (art. 47.2.b).

14.5. Establecimiento de relaciones diplomáticas y envío de misiones diplomáticas

El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados se efectúa por consentimiento mutuo, lo mismo que el envío de misiones diplomáticas (art. 2).

¿Qué es una misión diplomática? Es un órgano dedicado específicamente a la actividad diplomática en el exterior, que tiene una estructura jerarquizada y cuya existencia es independiente de las personas que lo componen, de modo que la misión diplomática preexiste y subsiste a su componente personal (Vilariño Pintos, 2011, p. 174). Hay tres categorías de misión diplomática. A la primera pertenecen las embajadas, hoy convertidas en las misiones diplomáticas tipo y por eso es que el término “embajada” se utiliza frecuentemente como sinónimo de misión diplomática. También pertenecen a la primera categoría las representaciones de la Santa Sede que se conocen como nunciaturas.

La segunda categoría, conformada por las legaciones, misiones diplomáticas de rango inferior al de embajada, ya no existe en la práctica. A la tercera categoría pertenecen, de nuevo, las legaciones, pero a diferencia de las de la segunda categoría, las de la tercera no se establecen como tales sino que se adopta la medida de convertirlas en legaciones a consecuencia de una crisis de la relación bilateral entre el Estado acreditante y el Estado receptor. Una vez superada la crisis, se restablecerá la misión a nivel de la primera categoría. Mientras tanto, el jefe de la misión será un encargado de negocios.

14.6. Funciones de la misión diplomática

Las funciones principales de una misión diplomática, según el artículo 3 de la Convención de Viena de 1961, son las siguientes: a) representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado

acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional; c) negociar con el gobierno del Estado receptor; d) enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar al respecto al gobierno del Estado acreditante; e) fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre uno y otro Estado.

La misión diplomática puede desempeñar otras funciones, pues aquella norma indica que “las funciones de una misión diplomática consisten principalmente” en las que enumera. La propia Convención, en el artículo 3.2, deja en claro que la misión diplomática puede ejercer funciones consulares.

Según la ley argentina³, por ejemplo, los jefes de misiones diplomáticas están autorizados, en caso de urgencias, a tomar juramentos o declaraciones de testigos residentes dentro de su jurisdicción, así como a autenticar cualquier acto notarial con las formalidades exigidas por las leyes de la Nación para la validez de los instrumentos jurídicos (art. 20.d)

a) La función de representación es la función básica, porque sin ella no podrían cumplirse las demás y porque se ejerce en el desempeño de las otras funciones. Implica que la misión diplomática es el órgano habilitado para actuar en nombre del Estado acreditante ante el Estado receptor sin que sea necesario observar ciertos requisitos formales que serían contrarios a la idea de que la relación entre ambos Estados se desenvuelva en un clima de confianza. Por esta razón, se considera que representan a su Estado, en virtud de sus funciones y sin tener que presentar plenos poderes, los jefes de misión diplomática para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado receptor, como hemos visto al abordar el Derecho de los Tratados.

Se representa al Estado acreditante en su conjunto, como se desprende de los términos del artículo 3.1.a de la Convención. Como órgano externo o periférico, la misión diplomática actúa en vinculación con los órganos centrales, pero ello no significa que solo represente a estos, o a uno en particular. Cualquier misión diplomática de la República Argentina la representa en su totalidad, incluyendo los entes territoriales que la componen en su condición de Estado federal. La Ley del Servicio Exterior de la Nación refleja esta idea al decir que la primera función de los integrantes del Servicio es “representar a la Nación” (art. 20.a).

b) De la función de protección nos hemos ocupado al referirnos a la protección

³Ley 20.957, B.O. del 16 de junio de 1975.

diplomática. Se trata de una protección sujeta a ciertos requisitos, a los que remite el artículo 3.1.b de la Convención cuando afirma que la protección debe enmarcarse en lo permitido por el Derecho Internacional.

c) La función de negociación no se circunscribe a la participación en ciertos actos relativos a la celebración de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado receptor. Comprende también la búsqueda de solución de cualquier controversia que afecte a la relación bilateral. La negociación diplomática es siempre oficial. Por lo tanto, las conversaciones informales no constituyen negociación diplomática, aunque tienen indiscutible valor a los efectos de una futura acción diplomática y pueden ser el único medio de mantener contactos para llegar a una actuación formal (Vilariño Pintos, 2011).

d) La función de observación e información está orientada a que el Estado acreditante reúna los datos pertinentes que le permitan conocer las condiciones imperantes en el Estado receptor y los acontecimientos más relevantes para la relación bilateral. Contar con esta información hará posible que aquel evalúe cómo profundizar los vínculos con el Estado receptor y encontrar cada vez más espacios de cooperación.

Para tomar conocimiento de lo que sea de su interés, el Estado acreditante solo puede valerse de medios lícitos. Las audiencias del jefe de la misión diplomática con el ministro de relaciones exteriores, el jefe de gobierno o el jefe de Estado, o con otros funcionarios, el contacto con distintos actores de la sociedad civil, la participación en actividades académicas y la visita a provincias u otros entes territoriales son algunos de los medios lícitos para enterarse de la situación general del Estado receptor y de los acontecimientos relacionados con la relación bilateral.

La observación e información de la reacción en el Estado receptor ante acontecimientos de incidencia regional o mundial también se consideran comprendidas en la función a que se refiere el artículo 3.1.d.

La ley argentina establece que los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación están obligados a “informar periódica y documentadamente sobre los diversos aspectos del Estado ante el que están acreditados” (art. 21.f).

e) No hay duda que la función de fomento y desarrollo de relaciones amistosas entre los dos Estados abarca a las relaciones de todo orden. Esta función es la razón de ser de la misión diplomática y resume las otras funciones (Maresca, 1967, p. 156).

14.7. Los miembros de la misión diplomática

a) La misión diplomática se compone del jefe de misión, que es “la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal” (art. 1.a), así como de personal diplomático, personal administrativo y técnico y personal de servicio. Solamente el jefe de la misión y los miembros del personal diplomático de la misión son agentes diplomáticos.

Los miembros del personal de la misión que tengan la calidad de diplomáticos conforman el personal diplomático, mientras que el personal administrativo y técnico está compuesto por los empleados en el servicio administrativo y técnico de la misión. Los miembros del personal de la misión empleados en el servicio doméstico de la misión constituyen el personal de servicio.

b) Con arreglo a la Convención, el Estado acreditante debe tener la seguridad de que la persona que se propone acreditar como jefe de la misión ante el Estado receptor ha obtenido el asentimiento de este (art. 4.1), no estando el Estado receptor “obligado a expresar al Estado acreditante los motivos de su negativa a otorgar el asentimiento” (art. 4.2).

La solicitud del *placet* (asentimiento) es previa a la designación de la persona que el Estado acreditante se propone acreditar como jefe de la misión diplomática. En palabras de Brito (2007), el *placet* es “un acto por el cual el Estado receptor declara expresamente que acepta a determinada persona para ejercer el cargo de jefe de misión y permite su entrada en funciones en su territorio” (p. 45). La nominación de la persona elegida para ejercer ese cargo resulta un acto jurídico unilateral condicionado (por otro acto jurídico unilateral, el asentimiento), formalmente interno y materialmente internacional, practicado en ejercicio de competencias conferidas a un Estado por el Derecho interno y el Derecho Internacional (Brito, 2007, p. 52).

El trámite de la solicitud del *placet* es confidencial. Una vez obtenido, el Estado acreditante procederá a designar al jefe de la misión siguiendo el procedimiento previsto en su Derecho interno⁴.

La acreditación múltiple está permitida en un doble sentido. Según el artículo 5.1 de la Convención, se puede acreditar a un jefe de misión u otro miembro del personal diplomático, ya acreditados ante un Estado receptor donde tienen su residencia (Estado receptor principal), ante otro u otros Estados receptores. Esta acreditación

⁴Según el artículo 99, inciso 7, de la Constitución argentina, es atribución del Poder Ejecutivo nombrar a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado.

múltiple pasiva, como se le llama, requiere que los Estados receptores no se opongan a ella cuando el Estado acreditante les notifique en debida forma su intención de concretarla. Si un Estado acredita a un jefe de misión ante dos o más Estados, podrá establecer una misión diplomática dirigida por un encargado de negocios *ad interim* en cada uno de los Estados en que el jefe de misión no tenga su sede permanente (art. 5.2).

A la acreditación múltiple activa⁵ se refiere el artículo 6 diciendo: “Dos o más Estados podrán acreditar a la misma persona como jefe de misión ante un tercer Estado, salvo que el Estado receptor se oponga a ello”. Este tipo de acreditación requiere que los Estados acreditantes tengan una política exterior coincidente o muy semejante, al menos con respecto al Estado receptor.

c) El Estado acreditante está facultado a nombrar libremente al personal de la misión (art. 7)⁶. En principio, los miembros del personal diplomático de la misión habrán de tener la nacionalidad de dicho Estado. No podrán ser elegidos entre personas que sean nacionales del Estado receptor, salvo con el consentimiento de este, que podrá retirarlo en cualquier momento. El artículo 8.3 prevé que “el Estado receptor podrá reservarse el mismo derecho respecto de los nacionales de un tercer Estado que no sean al mismo tiempo nacionales del Estado acreditante”.

d) En cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, el Estado receptor podrá comunicar al Estado acreditante que el jefe de misión u otro miembro del personal diplomático de la misión es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona, si es el jefe de la misión u otro miembro del personal diplomático de la misión, o pondrá término a sus funciones en la misión, en los restantes casos. Toda persona podrá ser declarada *non grata* o no aceptable incluso antes de su llegada al territorio del Estado receptor. Si el Estado acreditante se niega a ejecutar o no ejecuta en un plazo razonable las obligaciones que le incumben (art. 9.1), “el Estado receptor podrá negarse a reconocer como miembro de la misión a la persona de que se trate” (art. 9.2). La violación de los deberes consignados en el artículo 41 (deber de respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y deber de no inmiscuirse en sus asuntos internos) puede dar lugar a la declaración de persona *non grata* o no aceptable, como ocurriría, por ejemplo, si un jefe de misión participa

⁵La acreditación múltiple activa se puso en práctica, modernamente, en la década de 1960, por algunos Estados de reciente independencia, como Costa de Marfil, Alto Volta (hoy Burkina Faso), Dahomey (actual Benin), Níger, Togo, Barbados y Guyana.

⁶El mismo artículo expresa: “En el caso de los agregados militares, navales o aéreos, el Estado receptor podrá exigir que se le sometan de antemano sus nombres, para su aprobación”.

en una campaña electoral en el Estado receptor, critica al gobierno o fomenta su inestabilidad (Cahier, 1965).

e) Se considera que el jefe de misión asume sus funciones en el Estado receptor desde el momento que presenta sus cartas credenciales o comunica su llegada y presenta copia de estilo de ese documento al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido. Las cartas credenciales son un documento dirigido al jefe de Estado del Estado receptor, firmado por el jefe de Estado del Estado acreditante y, en su caso, refrendado por el ministro de relaciones exteriores, en el que constan el nombre del jefe de misión y sus cualidades para el cargo junto con la solicitud formal de dar crédito a lo que manifieste en el ejercicio de sus funciones y el deseo de que su gestión contribuya a mejorar las relaciones entre ambos Estados y estrechar los vínculos que los unen.

f) Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Convención, los jefes de misión se dividen en tres clases: 1) embajadores o nuncios acreditados ante los jefes de Estado, y otros jefes de misión de rango equivalente; 2) enviados, ministros e internuncios, que se acreditan también ante los jefes de Estado; 3) encargados de negocios acreditados ante los ministros de relaciones exteriores. Las clases corresponden a las tres categorías de misión, mencionadas más arriba, y no implican distinción alguna entre los jefes de misión en razón de la clase a la que pertenecen (art. 14.2). Los Estados deben ponerse de acuerdo acerca de la clase a la que pertenecerán los jefes de sus misiones (art. 15).

Los agentes diplomáticos enviados por la Santa Sede con rango equivalente al de los embajadores son los nuncios. Las internunciaturas fueron suprimidas por Juan Pablo II. A su vez, los altos comisarios en el ámbito de la Comunidad Británica de Naciones (*Commonwealth of Nations*) pueden mencionarse como “otros jefes de misión” (art. 14.1.a).

“En un período en que la doctrina y la práctica reivindicaban continuamente el principio de igualdad jurídica de los Estados, parece evidente que es un error haber mantenido subdivisiones contrarias a dicho principio” (Cahier, 1965, p. 121). Si bien esto no se traduce en un trato diferente, “salvo por lo que respecta a la precedencia y a la etiqueta” (art. 14.2), el respeto irrestricto del principio de la igualdad soberana justificaba la adopción de un criterio acorde a lo que implica.

El artículo 19.1 contempla que “si queda vacante el puesto de jefe de misión, o si el jefe de misión no puede desempeñar sus funciones, un encargado de negocios *ad interim* actuará provisionalmente como jefe de la misión”.

14.8. Inviolabilidad de los locales de la misión y otros privilegios e inmunidades

Por locales de la misión ha de entenderse los edificios o las partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión, incluyendo la residencia del jefe de la misión, así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos (art. 1.i).

El derecho de la misión y de su jefe a colocar la bandera y el escudo del Estado acreditante en los locales de la misión, incluso en la residencia del jefe de la misión y en los medios de transporte de este, se halla reconocido en el artículo 20 de la Convención.

Está previsto que el Estado receptor facilite la adquisición en su territorio de los locales necesarios para la misión, o que ayude al Estado acreditante a obtener alojamiento de otra manera⁷. Los locales de la misión son inviolables. Por consiguiente, “los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión” y existe “la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a los locales contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad”. Los párrafos 1 y 2 del artículo 22 consagran, en esos términos, la inviolabilidad de los locales de la misión, y el tercer párrafo hace más específico el alcance de la inviolabilidad al prescribir que los locales y el mobiliario de la misión, y los demás bienes situados allí, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de registro, requisa, embargo o medida de ejecución.

La inviolabilidad de los locales de la misión es absoluta. No hay entonces mandato judicial que valga -una orden de allanamiento, por ejemplo-. Cabe destacar, además, que la protección va más allá del deber general de mantener el orden público a través de la actuación de las fuerzas de seguridad, pues ha de ser una protección específica cuando circunstancias especiales la requieran (Vilariño Pintos, 2011, p. 249). Se ha generalizado la práctica de que el Estado acreditante procure la protección de los locales de ciertas misiones diplomáticas con sus propias fuerzas de seguridad, ante la tolerancia de los Estados receptores, conscientes de la posibilidad de graves atentados contra los locales o los miembros de las misiones diplomáticas en momentos en que se hace cada vez más difícil el cumplimiento efectivo de la obligación de protección, pero esta tolerancia no exime a cada Estado receptor de tal obligación ni de la responsabilidad correspondiente.

⁷El artículo 21.2 agrega que “cuando sea necesario, ayudará también a las misiones a obtener alojamiento adecuado para sus miembros”.

Podría pensarse que la inviolabilidad de los locales y los bienes de la misión resulta suficiente para resguardar también a los archivos y documentos, pero es posible que parte de ellos se encuentre en otro lugar. Por eso, el artículo 24 dispone que “los archivos y documentos de la misión son siempre inviolables, dondequiera que se hallen”.

A todos estos privilegios e inmunidades de la misión diplomática se suman los privilegios en materia fiscal y aduanera que consagran los artículos 23.1 y 28. Y el Estado receptor, de conformidad con su legislación, permitirá la entrada, con exención de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, de los objetos destinados al uso oficial de la misión (art. 36.1.a).

14.9. Libertades garantizadas y protegidas por la Convención

Sin perjuicio de sus leyes y reglamentos que se refieran a zonas de acceso prohibido o reglamentado por razones de seguridad nacional, el Estado receptor debe garantizar a todos los miembros de la misión diplomática la libertad de circulación y de tránsito por su territorio (art. 26). De este modo, se busca conciliar el libre ejercicio de las funciones diplomáticas con las necesidades de seguridad y defensa del Estado receptor (Brito, 2007, p. 95). Podría decirse, más bien, que solo estas necesidades tienen entidad para restringir la libertad de circulación y de tránsito que forma parte del status diplomático de los miembros de la misión.

La obligación de garantizar esa libertad deriva de la obligación general de dar toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión (art. 25). Va de suyo que el ejercicio de la función de observación e información, en particular, se halla íntimamente ligado a la libertad de movimiento que el régimen de Viena asegura. Por otro lado, si el Estado receptor consiente el establecimiento de oficinas que formen parte de la misión en localidades distintas de aquellas donde radique la propia misión, posibilidad prevista en el artículo 12 a condición de que el consentimiento de aquel sea previo y expreso, habrá en ello una razón adicional que justifique el disfrute de la libertad de circulación y de tránsito.

“El Estado receptor permitirá y protegerá la libre comunicación de la misión para todos los fines oficiales”, y para comunicarse con el gobierno y con las demás misiones y consulados del Estado acreditante, dondequiera que radiquen, la misión podrá emplear todos los medios de comunicación adecuados, entre ellos los correos diplomáticos y los mensajes en clave o en cifra (art. 27.1). Este artículo agrega que “únicamente con el consentimiento del Estado receptor podrá la misión instalar y utilizar una emisora de radio”.

En el marco de los privilegios e inmunidades de la misión diplomática, el artículo 27.2 consagra la inviolabilidad de su correspondencia oficial, que es toda correspondencia concerniente a la misión y a sus funciones. El párrafo siguiente de ese artículo se ocupa de la valija diplomática, lo mismo que el párrafo 4. A tenor de estas disposiciones, la valija no podrá ser abierta ni retenida y los bultos que la constituyan deben ir provistos de signos exteriores visibles que indiquen su carácter, pudiendo contener solo documentos diplomáticos u objetos de uso oficial. El proyecto definitivo de artículos sobre el Estatuto del correo diplomático y de la valija no acompañada por un correo diplomático, aprobado por la CDI en 1989, precisa que por “valija diplomática” se entiende “los bultos que contienen correspondencia oficial y documentos u objetos destinados exclusivamente al uso oficial, acompañados o no por un correo diplomático” (art. 3.1.2).

El artículo 27.5 se enfoca en el correo diplomático⁸, diciendo que “debe llevar consigo un documento oficial en el que conste su condición de tal y el número de bultos que constituyan la valija”. En el desempeño de su función, estará protegido por el Estado receptor, gozará de inviolabilidad personal y no podrá ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.

Está prevista la posibilidad de designar correos diplomáticos *ad hoc*. En tal caso, serán aplicables las disposiciones del artículo 27.5, pero las inmunidades mencionadas en él dejarán de aplicarse cuando el correo diplomático *ad hoc* haya entregado al destinatario la valija diplomática que se le encomendara (art. 27.6). La valija diplomática puede ser confiada al comandante de una aeronave comercial que haya de aterrizar en un aeropuerto de entrada autorizado. En este caso, “el comandante deberá llevar consigo un documento oficial en el que conste el número de bultos que constituyan la valija” y un miembro de la misión podrá ser enviado a tomar posesión directa y libremente de la valija de manos del comandante (art. 27.7).

El proyecto de artículos prevé que “los bultos que constituyan la valija diplomática, si no van acompañados por un correo diplomático, deberán llevar también indicaciones visibles de su destino y su destinatario” y que la valija diplomática “estará exenta de inspección, directamente o por medios electrónicos u otros medios técnicos” (arts. 24 y 28).

⁸El correo diplomático es caracterizado en el proyecto de la CDI como una persona debidamente autorizada por el Estado acreditante, “a quien se confía la custodia, el transporte y la entrega de la valija diplomática”.

14.10. Inviolabilidad del agente diplomático

La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor lo tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad (art. 29).

Según el artículo 30, la residencia particular del agente diplomático goza de la misma inviolabilidad que los locales de la misión y de igual protección, y sus documentos, su correspondencia y sus bienes (con las excepciones previstas en el artículo 31.1) gozan igualmente de inviolabilidad.

En su comentario al proyecto de artículos sobre relaciones e inmunidades diplomáticas, la CDI ha señalado que el hecho de que el agente diplomático no pueda ser objeto de ningún tipo de detención o arresto no ha de entenderse en términos absolutos.

14.11. Inmunidades de los miembros de la misión

a) El agente diplomático goza de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor (art. 31.1). Esta inmunidad es absoluta. En consecuencia, solo procede declararle persona *non grata* a los efectos de que sea retirado, pero la inmunidad de jurisdicción del agente diplomático en el Estado receptor no lo exime de la jurisdicción del Estado acreditante (art. 31.4).

En cuanto a la jurisdicción civil y administrativa, también goza de inmunidad, excepto si se trata de una acción real sobre inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, salvo que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión. También si se trata de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario, o de una acción que se refiera a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de las funciones oficiales que desempeña (art. 31.1).

El agente diplomático no está obligado a testificar (art. 31.2) y no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos de excepción a la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa y siempre que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o de su residencia (art. 31.3).

El Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus

agentes diplomáticos y la renuncia ha de ser siempre expresa, según lo previsto en los párrafos 1 y 2 del artículo 32. ¿Por qué se reconoce al Estado acreditante esta facultad? La respuesta se encuentra en el preámbulo de la Convención: las inmunidades y los privilegios “se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados”.

El agente diplomático estará, en cuanto a los servicios prestados al Estado acreditante, exento de las disposiciones sobre seguridad social vigentes en el Estado receptor, lo cual no impedirá que participe voluntariamente en dicho régimen si lo permite la legislación del Estado receptor. Tales disposiciones (art. 33) se entenderán sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales ya concertados y no impedirán la concertación futura de acuerdos de esa índole (art. 33.5).

El artículo 34 declara a los agentes diplomáticos exentos de todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o municipales, con excepción de los impuestos indirectos incluidos en el precio de mercaderías o servicios; de los impuestos y gravámenes sobre los inmuebles privados que posean, a menos que los posean por cuenta del Estado acreditante y para los fines de la misión; de los impuestos sobre las sucesiones abiertas en el Estado receptor a las que sean llamados como particulares; de los impuestos y gravámenes sobre los ingresos privados originados en el Estado receptor y de los impuestos sobre el capital que graven las inversiones en empresas comerciales en dicho Estado, y de los impuestos y gravámenes por servicios particulares prestados.

La exención de prestaciones personales, servicios públicos y cargas militares (art. 35) resulta una derivación directa de la inviolabilidad personal del agente, mientras que el artículo 36.1 consagra la inmunidad aduanera: el Estado receptor permitirá la entrada, con exención de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos, de los objetos destinados al uso personal del agente diplomático o de los miembros de su familia que formen parte de su casa, incluidos los efectos destinados a su instalación. El artículo 36.2 deja exento al agente diplomático de la inspección de su equipaje personal, a menos que existan motivos fundados para suponer que contiene objetos que no son para el uso oficial de la misión o el uso personal del agente o de los miembros de su familia que formen parte de su casa, u objetos cuya importación o exportación esté prohibida por la legislación del Estado receptor o sometida a cuarentena. En este caso, la inspección solo se podrá hacer en presencia del agente diplomático o de su representante autorizado.

Los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa gozarán de los privilegios e inmunidades especificados en los artículos 29 a 36, siempre que no sean nacionales del Estado receptor (art. 37.1).

b) El artículo 37.2 dice que los miembros del personal administrativo y técnico, así como los miembros de sus familias que formen parte de sus respectivas casas, siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades mencionados en los artículos 29 a 35, pero la inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de las funciones que les incumben. Gozarán también de los privilegios especificados en el artículo 36.1 respecto de los objetos importados al efectuar su primera instalación.

c) Los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente gozarán, de conformidad con el artículo 37.3, de inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones, así como de exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios. También gozarán de la exención de las disposiciones sobre seguridad social vigentes en el Estado receptor.

d) El artículo 37.4 prescribe que los criados particulares de los miembros de la misión, que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan residencia permanente en él, estarán exentos de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por los servicios prestados. Solo gozarán de privilegios e inmunidades en la medida reconocida por el Estado receptor, pero este habrá de ejercer su jurisdicción sobre esas personas de manera que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión. Un “criado particular” es toda persona que trabaje en el servicio doméstico de un miembro de la misión y no sea empleada del Estado acreditante (art. 1.h).

e) Al extender a los miembros de la familia del agente diplomático los privilegios e inmunidades reconocidos al propio agente, y a los miembros de la familia del personal administrativo y técnico los privilegios e inmunidades reconocidos a tal personal, la Convención no ha hecho otra cosa que reflejar la práctica de los Estados. A los efectos de la Convención, parece claro que por familia se entiende a quienes formen parte de la casa del miembro de la misión, viviendo de manera habitual con esa persona.

f) El artículo 38.1 dispone que, excepto en la medida en que el Estado receptor conceda otros privilegios e inmunidades, el agente diplomático que sea nacional de ese Estado o tenga en él residencia permanente solo gozará de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones.

Los otros miembros de la misión y los criados particulares que sean nacionales del Estado receptor o tengan en él residencia permanente, gozarán de los privilegios e inmunidades solamente en la medida que lo admita dicho Estado, el cual ejercerá su jurisdicción sobre esas personas de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión (art. 38.2).

g) De conformidad con el artículo 39, toda persona con derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión de su cargo. Si ya se encuentra allí, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido. Y cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, estos cesarán normalmente en el momento en que la persona salga del país o al expirar el plazo razonable que se le haya concedido para salir del país, pero subsistirán hasta entonces, incluso en caso de conflicto armado. Además, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados en el ejercicio de las funciones como miembro de la misión. En caso de fallecimiento de un miembro de la misión, los miembros de su familia seguirán gozando de los privilegios e inmunidades correspondientes hasta la expiración de un plazo razonable en que puedan abandonar el país.

h) Si un agente diplomático atraviesa el territorio de un tercer Estado que le hubiere otorgado visado del pasaporte si fuere necesario, o se encuentra en dicho territorio para ir a tomar posesión de sus funciones, para reintegrarse a su cargo o para volver a su país, el tercer Estado debe darle la inviolabilidad y todas las demás inmunidades necesarias para facilitarle el tránsito o el regreso, siendo esta regla aplicable a los miembros de la familia del agente que gocen de privilegios e inmunidades y lo acompañen o viajen separadamente para reunirse con él o regresar al país natal (art. 40.1). Además, los terceros Estados no habrán de dificultar el paso por su territorio de los miembros del personal administrativo y técnico, así como del personal de servicio de una misión o de los miembros de sus familias.

14.12. Terminación de las funciones, ruptura de relaciones diplomáticas y representación internacional

Las funciones del agente diplomático terminarán, principalmente, cuando el Estado acreditante comunique al Estado receptor que han terminado, o cuando el Estado receptor, luego de haber declarado persona non grata al agente diplomático y de que el Estado acreditante se niegue a retirarlo o no lo retire en un plazo razonable, comunique al Estado acreditante que se niega a reconocer al agente diplomático

como miembro de la misión (art. 43).

Cuando sus funciones terminan por decisión del Estado acreditante, es de práctica que el agente diplomático entregue cartas de cese o cartas de llamada al jefe del Estado receptor en la audiencia privada concedida a los fines de la despedida⁹.

Aun en caso de conflicto armado, el Estado receptor deberá dar facilidades para que las personas que gozan de privilegios e inmunidades y no sean nacionales suyos, así como los miembros de sus familias, sea cual fuere su nacionalidad, puedan salir de su territorio lo más pronto posible, debiendo poner a disposición de ellos, si fuere necesario, los medios de transporte indispensables para que puedan irse y llevar sus bienes (art. 44).

En caso de ruptura de las relaciones diplomáticas, o si se pone término a una misión de modo definitivo o temporal, el Estado receptor está obligado a respetar y proteger, incluso en caso de conflicto armado, los locales de la misión, sus bienes y archivos. El Estado acreditante podrá confiar la custodia de los locales, bienes y archivos a un tercer Estado aceptable para el Estado receptor, lo mismo que la protección de sus intereses y de los intereses de sus nacionales (art. 45).

14.13. Misiones especiales

a) Una misión especial es una misión temporal, que tiene carácter representativo del Estado, “enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado”, según la Convención de 1969 sobre las Misiones Especiales (art. 1.a).

Un Estado podrá enviar una misión especial ante otro Estado con el consentimiento de este, obtenido previamente por la vía diplomática o por otra vía que se haya convenido o sea mutuamente aceptable (art. 2), sin que sea necesario que existan relaciones diplomáticas o consulares (art. 7). Las funciones de una misión especial serán determinadas por consentimiento mutuo del Estado que envía y del Estado receptor (art. 3).

b) La misión especial estará constituida por uno o varios representantes del Estado que envía, uno de los cuales podrá ser designado jefe de la misión. La misión podrá

⁹En esta audiencia, cuando la actuación del jefe de misión ha sido particularmente positiva para el desarrollo de la relación bilateral, podrán entregarle las cartas recedenciales, dirigidas al jefe del Estado acreditante y firmadas por el jefe del Estado receptor, que vienen a ser una especie de contestación a las cartas credenciales y a las cartas de cese y en las que se manifiesta la satisfacción por el acierto en el nombramiento del jefe de misión y por su labor.

comprender personal diplomático, personal administrativo y técnico y personal de servicio (art. 9.1), y es posible incluir en ella miembros de una misión diplomática permanente o de una oficina consular (art. 9.2).

El Estado receptor tiene la obligación especial de proteger los locales de la misión especial contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad. Tanto los locales de la misión especial como su mobiliario, los demás bienes que sirvan para el funcionamiento de la misión y sus medios de transporte no podrán ser objeto de registro, requisa, embargo o medida de ejecución. Los archivos y documentos de la misión especial son siempre inviolables, cualquiera sea el lugar donde se hallen (art. 26).

c) La inviolabilidad personal de los representantes del Estado que envía en la misión especial y de los miembros del personal diplomático de esta, junto con la inviolabilidad de su alojamiento particular, sus documentos, su correspondencia y sus bienes resulta de las disposiciones de los artículos 29 y 30.

Dichos representantes y los miembros del personal diplomático gozarán de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozarán también de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa de ese Estado, con las mismas excepciones que rigen para los agentes diplomáticos permanentes, a las que se suma la siguiente: una acción por daños resultantes de un accidente ocasionado por un vehículo utilizado fuera de las funciones oficiales de la persona de que se trate. Los miembros de una misión diplomática permanente o de una oficina consular incluidos en una misión especial conservarán sus privilegios e inmunidades como miembros de la misión diplomática permanente o de la oficina consular, gozando además de los privilegios e inmunidades concedidos por la Convención sobre Misiones Especiales (art. 9.2).

d) En lo concerniente a la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, la duración de los privilegios e inmunidades y cuestiones conexas, lo dispuesto en la Convención de 1969 es coincidente con lo previsto en la Convención de Viena de 1961.

e) Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de ellos en virtud de la Convención están obligadas a respetar las leyes y los reglamentos del Estado receptor y a no inmiscuirse en sus asuntos internos (art. 47).

f) El artículo 20.1 prevé que las funciones de una misión especial terminarán en particular por el acuerdo de los Estados interesados; la realización del cometido de la misión; la expiración del período señalado para la misión, salvo prórroga expresa; la notificación por el Estado que envía de su decisión de ponerle fin o de retirarla, y

la notificación por el Estado receptor de que la considera terminada.

La ruptura de las relaciones diplomáticas o consulares entre el Estado que envía y el Estado receptor no entrañará de por sí el fin de las misiones especiales existentes en el momento de la ruptura (art. 20.2).

14.14. La representación de los Estados ante las organizaciones internacionales

De la diplomacia bilateral pasamos ahora a la diplomacia multilateral. Desde la creación de la ONU, ha existido la práctica de establecer misiones permanentes de los Estados miembros en la sede de la Organización.

El 13 de marzo de 1975 se adoptó la Convención de Viena sobre la Representación de los Estados en sus Relaciones con las Organizaciones Internacionales de Carácter Universal¹⁰.

La Convención se aplica a la representación de los Estados en sus relaciones con cualquier organización internacional de carácter universal y a su representación en conferencias convocadas por una de esas organizaciones o con sus auspicios, cuando la Convención haya sido aceptada por el Estado huésped y el órgano competente de la organización de que se trate haya decidido aplicarla (arts. 2 y 90). Por “organización internacional de carácter universal ha de entenderse las Naciones Unidas, sus organismos especializados, el Organismo Internacional de Energía Atómica y cualquier organización similar cuya composición y atribuciones son de alcance mundial” (art. 1.2).

Las disposiciones de la Convención se entenderán sin perjuicio de las reglas pertinentes de la Organización o de las disposiciones pertinentes del reglamento de la conferencia (art. 3), y en cuanto al establecimiento de misiones lo previsto en el artículo 5.1 es que si las reglas de la Organización lo permiten los Estados miembros podrán establecer misiones permanentes para el desempeño de las funciones señaladas en el artículo 6, es decir, para asegurar la representación del Estado que envía; mantener el enlace entre dicho Estado y la Organización; celebrar negociaciones con ella y dentro de su marco; enterarse de las actividades realizadas e informar sobre ello al Estado que envía; asegurar su participación en las actividades de la Organización; proteger los intereses del Estado que envía y fomentar la realización

¹⁰Actualmente los Estados partes son 34 y el artículo 89.1 de la Convención dispone que esta entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión.

de los propósitos y principios de la Organización cooperando con ella y dentro de su marco. También podrá haber misiones permanentes de observación, cuyas funciones son, en particular, las mencionadas en el artículo 7.

“Un Estado podrá enviar una delegación a un órgano o a una conferencia de conformidad con las reglas de la Organización” (art. 42.1) y está prevista también la posibilidad de enviar una delegación de observación a un órgano o a una conferencia, siempre de conformidad con las reglas de la Organización.

14.15. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

Adoptada en Viena el 24 de abril de 1963, la Convención sobre Relaciones Consulares está en vigor desde el 19 de marzo de 1967. Complementa la labor codificadora de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas y goza también de una aceptación prácticamente universal. Da forma escrita a normas consuetudinarias ya existentes, pero en algunos puntos constituye desarrollo progresivo del ordenamiento internacional.

El preámbulo comienza recordando que “han existido relaciones consulares entre los pueblos desde hace siglos” y otro párrafo subraya que la finalidad de los privilegios e inmunidades consulares “no es beneficiar a particulares, sino garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus respectivos Estados”. Concluye afirmando que las normas de Derecho Internacional consuetudinario continuarán rigiendo las materias que no hayan sido expresamente reguladas por las disposiciones de la Convención.

14.16. Establecimiento de relaciones consulares y ejercicio de las funciones consulares

Las relaciones consulares se establecerán por consentimiento mutuo y el otorgado para que existan relaciones diplomáticas implica, salvo indicación en contrario, consentimiento para el establecimiento de relaciones consulares (art. 2). Por otro lado, “la ruptura de relaciones diplomáticas no entrañará, ipso facto, la ruptura de relaciones consulares” (art. 2.3).

Las funciones consulares serán ejercidas por las oficinas consulares, entendiéndose por oficina consular “todo consulado general, consulado, viceconsulado o agencia consular” (art. 1.a).

El consentimiento del Estado receptor es necesario para establecer en su territorio una oficina consular. La sede del consulado, su clase y la circunscripción serán fijadas

por el Estado que envía y aprobadas por el Estado receptor y no podrá modificarse posteriormente cualquiera de ellas sin el consentimiento de este último, que también será necesario si un consulado general o un consulado desea abrir un viceconsulado o una agencia consular en una localidad distinta de aquella en la que radica la oficina consular, o para la apertura, fuera de la sede de la oficina consular, de una dependencia que forme parte de ella.

De estas reglas del artículo 4 se desprende que el consulado general y el consulado son oficinas consulares autónomas, pues no dependen de otra, mientras que los viceconsulados y las agencias consulares dependen de un consulado general o de un consulado. Los viceconsulados pueden tener competencias generales; en cambio, las agencias consulares suelen establecerse para una o más funciones concretas que interesa realizar en la ciudad donde se establecen (Vilariño Pintos, 2011, p. 407).

La circunscripción consular es “el territorio atribuido a una oficina consular para el ejercicio de las funciones consulares” (art. 1.b), pero en circunstancias especiales el funcionario consular podrá, con el consentimiento del Estado receptor, ejercer sus funciones fuera de su circunscripción consular (art. 6).

El Estado que envía podrá, después de notificar a los Estados interesados y salvo que uno de ellos se oponga expresamente, encargar a una oficina consular establecida en un Estado que asuma el ejercicio de funciones consulares en otros Estados. A su vez, una oficina consular del Estado que envía podrá, previa notificación al Estado receptor y siempre que este no se oponga, ejercer funciones consulares en el Estado receptor por cuenta de un tercer Estado (arts. 7 y 8).

14.17. Funciones consulares

Ante todo, conviene recordar que las oficinas consulares no tienen funciones de representación. Por eso, la expresión “Estado acreditante” cambia a “Estado que envía”.

a) La primera función que el artículo 5 menciona es la de “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”.

La protección consular se concreta en la reclamación formal ante la autoridad local competente en la circunscripción consular. La vía interna no es la existente en el Estado receptor, como en la protección diplomática, “sino la posible ante las autoridades locales competentes en la circunscripción consular, con independencia de que pueda ser, a su vez, la última instancia en la totalidad del Estado” (Vilariño

Pintos, 2011, p. 361).

b) La siguiente función enumerada es el fomento de las relaciones entre ambos Estados, destacándose las relaciones comerciales como el único ámbito de acción específico de las oficinas consulares. El fomento de las demás relaciones (económicas, culturales y científicas) es una tarea compartida con la misión diplomática, pero la capacidad de llegada de las oficinas consulares a lugares donde normalmente no llega aquella justifica la aparente duplicación de funciones.

c) Otra función compartida con la misión diplomática es la de informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas. Esto último no está contemplado en el caso de la misión diplomática.

d) “Extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado”. Esta función comprende no solo la expedición de un pasaporte sino también su renovación, para los nacionales que viven en el Estado receptor. Entre los documentos de viaje figuran los salvoconductos, que son válidos para un solo viaje con una finalidad concreta; por ejemplo, para que un nacional desprovisto de pasaporte pueda retornar al Estado que envía, donde vive.

e) La función de asistencia a los nacionales aparece en forma genérica en el apartado e) del artículo 5, en referencia a personas tanto naturales como jurídicas. No presupone, a diferencia de la protección en sentido estricto, “un comportamiento de las autoridades locales contrario a las obligaciones jurídicas impuestas por el Derecho internacional o por el Derecho interno, y no se manifiesta, por tanto, en forma de reclamación”; cabe distinguir además dos aspectos en su ejercicio (Maresca, 1967, p. 220). Uno es el interno, en el que la actuación de la oficina consular se traduce en la ayuda al nacional en relación con autoridades o instituciones del Estado que envía. Facilitar el retorno al país o proporcionar algún tipo de ayuda económica son manifestaciones de ello. El aspecto externo se observa cuando la oficina consular, para prestar ayuda a un nacional, tiene que actuar ante las autoridades locales competentes de su circunscripción consular -como las autoridades municipales o provinciales, por ejemplo- o, incluso, ante las autoridades centrales competentes, en la medida que esto último resulte permitido por el Derecho interno del Estado receptor o por acuerdos internacionales (art. 38). Pedir a las autoridades locales información relacionada con hechos que afectan a los nacionales del Estado que envía, para asesorarlos o asistirlos al respecto, y comunicarse con alguno de los funcionarios

competentes, a fin de que reciba a un nacional que necesita una entrevista sobre determinado asunto, son algunas de las gestiones que incumben a la oficina consular (Vilariño Pintos, 2011, p. 353).

f) Al funcionario consular le incumbe actuar en calidad de notario, en calidad de funcionario de registro civil y ejercer funciones similares, así como otras de carácter administrativo, siempre que no se oponga el Derecho del Estado receptor. La ley argentina dispone que “los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares pueden autorizar todos los actos jurídicos que según las leyes de la Nación correspondieren a los escribanos públicos” y “su formalización tendrá validez en todo el territorio de la República” (art. 20.c).

Estará también facultado el jefe de la oficina consular u otro funcionario consular, en su caso, para participar en calidad de funcionario de registro civil en la celebración del matrimonio entre nacionales del Estado que envía (matrimonio consular), y en la oficina consular se podrá establecer un registro civil a los efectos de inscribir todo acto relativo al estado civil y la capacidad de los nacionales de dicho Estado. El régimen legal argentino prevé que los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares registrarán nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimiento de hijos extramatrimoniales y todos los demás actos y hechos que originen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, para su posterior inscripción en los registros de la República, de acuerdo con las normas legales pertinentes (art. 20.c).

g) En cuanto a las funciones administrativas que podría realizar la oficina, destaca la expedición de certificaciones de distinto tipo, como los certificados exigidos para acreditar que una persona (nacional del Estado que envía) sigue viva, a los efectos de la percepción de un beneficio previsional, o certificados de origen en relación con determinadas mercaderías, si es solicitado por algún importador.

h) En caso de sucesión por causa de muerte que se produzca en el territorio del Estado receptor, es función consular velar, de acuerdo con el ordenamiento jurídico allí vigente, por los intereses de las personas físicas o jurídicas nacionales del Estado que envía. Por eso, cuando las autoridades competentes del Estado receptor posean la información correspondiente estarán obligadas a informar sin retraso, en caso de defunción de un nacional del Estado que envía, a la oficina consular en cuya circunscripción haya ocurrido el fallecimiento (art. 37.a).

i) La oficina consular también tiene la función de actuar, dentro de los límites impuestos por el Derecho interno del Estado receptor, cuando sea necesario instituir una tutela o curatela. Por tal razón, cuando las autoridades competentes del Estado

receptor posean la información correspondiente deberán comunicar sin retraso, a la oficina consular competente, “todos los casos en que el nombramiento de tutor o de curador sea de interés para un menor o un incapacitado nacional del Estado que envía” (art. 37.b).

j) Otra manifestación de la función de asistencia es la facultad de los funcionarios consulares de representar a los nacionales del Estado que envía, sin necesidad de mandato alguno, ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor con el objeto de lograr que se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esas personas, cuando no puedan defenderlos oportunamente por estar ausentes, padecer una enfermedad grave, estar en prisión, etc. Se trata de una representación de carácter provisorio, hasta que la persona interesada esté en condiciones de actuar por sí misma o a través de un representante nombrado por ella. Esta representación de oficio ha de ejercerse de conformidad con los procedimientos en vigor en el Estado receptor.

k) Una nueva función está relacionada con la cooperación judicial internacional: comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de ellos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor. Las comisiones rogatorias tienen por objeto, principalmente, la producción de pruebas. Por esta vía puede solicitarse, por ejemplo, el reconocimiento de un lugar o la declaración de un testigo.

l) En materia de navegación marítima y aérea, la oficina consular ha de ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de ese Estado, y de las aeronaves matriculadas en él y también de sus tripulaciones, así como la función de prestar ayuda a estas últimas.

La Convención obliga a las autoridades competentes del Estado receptor, cuando posean la información correspondiente, a informar sin retraso a la oficina consular más próxima al accidente cuando un buque que tenga la nacionalidad del Estado que envía naufrague o encalle en el mar territorial o en las aguas interiores del Estado receptor, o cuando un avión matriculado en el Estado que envía sufra un accidente en territorio del Estado receptor (art. 37.c).

m) Por último, corresponderá ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que este no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre ambos Estados.

Así, por ejemplo, el Tratado de Maipú entre Argentina y Chile dispone, en su artículo 15, que los Comités de Integración serán coordinados por los correspondientes Ministerios de Relaciones Exteriores a través de los organismos pertinentes, con la participación de los cónsules respectivos.

14.18. Jefe de la oficina consular

La expresión “jefe de oficina consular” hace referencia a la persona encargada de desempeñar tal función (art. 1.1.a). Los jefes de oficina consular serán de cuatro categorías, según el artículo 9.1 de la Convención: a) cónsules generales; b) cónsules; c) vicecónsules; d) agentes consulares. Serán nombrados por el Estado que envía y admitidos al ejercicio de sus funciones por el Estado receptor, debiendo observarse para el nombramiento los procedimientos que rigen en el Estado que envía y para la admisión los que rigen en el Estado receptor (art. 10).

El jefe de la oficina consular será provisto de un documento que acredite su calidad, que generalmente se denomina carta patente. El artículo 11, reflejando la práctica estatal, expresa que en la carta patente el Estado que envía indicará, por lo general, el nombre completo del jefe de la oficina, su clase y categoría, la circunscripción consular y la sede de la oficina consular. Si el Estado receptor lo acepta, el Estado que envía podrá remitirle, en vez de la carta patente u otro instrumento similar, una notificación conteniendo esos datos.

Según el artículo 12, el jefe de oficina consular será admitido al ejercicio de sus funciones por una autorización llamada *exequátur*. Si el Estado receptor se niega a otorgarla no está obligado a comunicar al Estado que envía los motivos de la negativa. El jefe de la oficina consular no podrá iniciar sus funciones antes de haber recibido el *exequatur*, pero podrá ser admitido provisionalmente al ejercicio de ellas, según permite el artículo 13.

Una vez admitido el jefe de oficina consular, aunque sea provisionalmente, al ejercicio de sus funciones, nacen dos obligaciones para el Estado receptor (art. 14): comunicarlo sin dilación a las autoridades competentes de la circunscripción consular y velar por que se adopten las medidas necesarias para que el jefe de oficina consular pueda cumplir los deberes de su cargo y beneficiarse de las disposiciones de la Convención.

“Si quedase vacante el puesto de jefe de la oficina consular, o si el jefe no pudiese ejercer sus funciones, podrá actuar provisionalmente, en calidad de tal, un jefe interino” (art. 15.1), cuyo nombre será comunicado con antelación, y el Estado

receptor podrá subordinar a su aprobación la admisión como jefe interino de una persona que no sea agente diplomático ni funcionario consular del Estado que envía en el Estado receptor (art. 15.2). Si el Estado que envía designa a un miembro del personal diplomático de la misión diplomática en el Estado receptor como jefe interino de una oficina consular tal persona continuará gozando de los privilegios e inmunidades diplomáticos, si el Estado receptor no se opone a ello (art. 15.4).

14.19. Miembros de la oficina consular

Los funcionarios y empleados consulares y los miembros del personal de servicio son los miembros de la oficina consular (art. 1.1.g). La expresión “funcionario consular” hace referencia a “toda persona, incluido el jefe de oficina consular, encargada con ese carácter del ejercicio de funciones consulares” (art. 1.1.d), mientras que la expresión “miembros del personal consular” alude a “los funcionarios consulares, salvo el jefe de oficina consular, los empleados consulares y los miembros del personal de servicio” (art. 1.1.h). Toda persona empleada en el servicio administrativo o técnico de una oficina consular es empleado consular (art. 1.1.e) y toda persona empleada en el servicio doméstico de una oficina consular es miembro del personal de servicio (art. 1.1.f).

“Dos o más Estados podrán, con el consentimiento del Estado receptor, designar a la misma persona como funcionario consular en ese Estado” (art. 18).

Lo mismo que en el caso de la misión diplomática, es posible nombrar libremente a los miembros del personal consular (art. 19.1). Cuando no exista acuerdo expreso sobre el número de miembros de la oficina consular, el Estado receptor podrá exigir que ese número se mantenga dentro de los límites que considere razonables y normales, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones de la circunscripción consular y las necesidades de la oficina consular de que se trate (art. 20).

Los funcionarios consulares han de tener, en principio la nacionalidad del Estado que envía (art. 22.1). Nombrar funcionarios consulares a personas que sean nacionales del Estado receptor requiere el consentimiento expreso de este, que puede retirarlo en cualquier momento. Además, el Estado receptor puede reservarse el mismo derecho respecto de los nacionales de un tercer Estado que no sean también nacionales del Estado que envía.

El Estado receptor tiene la facultad de comunicar en todo momento al Estado que envía que un funcionario consular es persona *non grata*, o que cualquier otro miembro del personal consular ya no es aceptable. El Estado que envía retirará

entonces a esa persona, si es funcionario consular, o pondrá término a sus funciones. Si se niega a ejecutar o no ejecuta esta obligación en un plazo razonable, el Estado receptor podrá retirar el *exequatur* a dicha persona, o dejar de considerarla miembro del personal consular (art. 23.2).

Una persona designada miembro de la oficina consular podrá ser declarada no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor, o antes de que inicie sus funciones si ya está allí (art. 23.3). En los casos de declaración de persona *non grata* o no aceptable, el Estado receptor no tiene la obligación de exponer al Estado que envía los motivos de su decisión (art. 23.4).

14.20. Cumplimiento de actos diplomáticos por funcionarios consulares

El artículo 17.1 de la Convención dice que en un Estado en el que el Estado que envía no tenga misión diplomática y en el que no esté representado por la de un tercer Estado, se podrá autorizar a un funcionario consular, con el consentimiento del Estado receptor y sin que ello afecte a su status consular, a realizar actos diplomáticos. La ejecución de esos actos por un funcionario consular no le concederá derecho a privilegios e inmunidades diplomáticos. Queda claro, entonces, que el cumplimiento de actos diplomáticos por funcionarios consulares no significa un cambio de status.

También un funcionario consular podrá actuar, previa notificación al Estado receptor, como representante del Estado que envía ante una organización internacional intergubernamental. A diferencia de lo que ocurre cuando el funcionario consular realiza actos diplomáticos, en el cumplimiento de esas funciones de representación el funcionario consular tendrá todos los privilegios e inmunidades que el Derecho Internacional consuetudinario o los acuerdos internacionales conceden a los representantes ante organizaciones internacionales, es decir, gozará del status que corresponde a los representantes diplomáticos, pero en el desempeño de cualquier función consular no tendrá derecho a una mayor inmunidad de jurisdicción que la reconocida a un funcionario consular en virtud de la Convención (art. 17.2). Dicho de otro modo, fuera de los actos que realice como representante del Estado que envía ante una organización internacional mantendrá su *status* consular.

14.21. Facilidades, privilegios e inmunidades relativos a la oficina consular

a) El Estado receptor concederá todas las facilidades para el ejercicio de las funciones de la oficina consular (art. 28). Deberá facilitar la adquisición en su territorio, por el Estado que envía, de los locales necesarios para la oficina consular, o ayudarlo a que los obtenga de alguna manera y, cuando sea necesario, ayudará también a la oficina consular a que consiga alojamiento adecuado para sus miembros (art. 30).

b) El derecho del Estado que envía a usar su bandera y su escudo nacionales en el Estado receptor se halla expresamente reconocido (art. 29.1).

c) Las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo con el consentimiento del jefe de la oficina consular, o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía. Sin embargo, el consentimiento del jefe de la oficina consular se presumirá en caso de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección (art. 31.2).

Además, el Estado receptor tendrá la obligación especial de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger los locales consulares contra toda intrusión o daño y para evitar que se perturbe la tranquilidad de la oficina consular o se atente contra su dignidad (art. 31.3). Los locales consulares, sus muebles, los bienes de la oficina consular y sus medios de transporte no podrán ser objeto de ninguna requisa por razones de defensa nacional o de utilidad pública. A ello se suma la inviolabilidad de los archivos y documentos consulares, dondequiera que se encuentren (art. 33).

d) La libertad de tránsito y de circulación de todos los miembros de la oficina consular en el territorio del Estado receptor será garantizada por este, sin perjuicio de su legislación relativa a zonas de acceso prohibido o limitado por razones de seguridad nacional (art. 34). Dicho Estado permitirá y protegerá la libertad de comunicación de la oficina consular para todos los fines oficiales, pudiendo utilizarse todos los medios de comunicación apropiados, entre ellos los correos diplomáticos o consulares, la valija diplomática o consular y los mensajes en clave o cifra para comunicarse con el gobierno del Estado que envía, con las misiones diplomáticas y los demás consulados de ese Estado, cualquiera sea el lugar donde se encuentren, pero solo con el consentimiento del Estado receptor podrá la oficina consular instalar y utilizar una emisora de radio (art. 35.1).

e) La correspondencia oficial de la oficina consular, es decir, “toda correspondencia relativa a la oficina consular y a sus funciones” (art. 35.2), será inviolable. Igual que la valija diplomática, la valija consular no puede ser abierta ni retenida, pero si las autoridades competentes del Estado receptor tuviesen razones fundadas para creer que contiene algo que no sea correspondencia oficial, documentos oficiales u objetos destinados exclusivamente al uso oficial, que es todo lo que pueden contener los bultos que constituyan la valija (los cuales deben ir provistos de signos exteriores indicadores de su carácter), podrán pedir que sea abierta, en su presencia, por un representante autorizado del Estado que envía, y si las autoridades de este rechazasen la petición, la valija será devuelta a su lugar de origen, según lo previsto en los párrafos 3 y 4 del artículo 35.

El correo consular “no podrá ser nacional del Estado receptor ni, a menos que sea nacional del Estado que envía, residente permanente en el Estado receptor, excepto si lo consiente dicho Estado” (art. 35.5). También es posible designar correos consulares especiales o *ad hoc*, pero las inmunidades de los correos consulares ordinarios (inviolabilidad personal y no ser objeto de ninguna forma de detención o arresto) dejarán de ser aplicables a los especiales cuando hayan entregado la valija consular a su cargo al destinatario (art. 35.6). La valija consular podrá ser confiada al comandante de un buque o de una aeronave comercial, que llevará consigo un documento oficial en el que conste el número de bultos que la constituyan, pero no será considerado como correo consular (art. 35.7).

14.22. Facilidades, privilegios e inmunidades relativos a los funcionarios consulares y demás miembros de la oficina consular

El Estado receptor deberá tratar a los funcionarios consulares con la debida deferencia y adoptará todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad (art. 40).

a) El alcance de la inviolabilidad personal está definido en el artículo 41: los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y mediante decisión de la autoridad judicial competente; fuera de este caso, “no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal sino en virtud de sentencia firme”. Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, este deberá comparecer ante las autoridades competentes, pero las diligencias se practicarán con la deferencia debida a dicho funcionario en razón de su posición oficial y, salvo que se

ordene su detención o prisión preventiva a causa de un delito grave, de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando a causa de un delito grave sea necesario detener a un funcionario consular, el procedimiento contra él se iniciará sin dilación.

b) Los funcionarios y empleados consulares gozarán de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares (art. 43.1), pero estas disposiciones no se aplicarán en el caso de un procedimiento civil que resulte de un contrato que el funcionario o el empleado no haya concertado, de manera explícita o implícita, como agente del Estado que envía, o cuando la acción sea entablada por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión ocurrido en el Estado receptor del que sea responsable un funcionario consular o un empleado consular (art. 43.2).

c) Los miembros de la oficina consular podrán ser llamados a comparecer como testigos en procedimientos judiciales o administrativos. Un empleado consular o un miembro del personal de servicio no podrá negarse, excepto en el caso a que se refiere el artículo 44.3, a deponer como testigo. Si un funcionario consular se negase a deponer como testigo, no podrá aplicársele ninguna medida coactiva o sanción (art. 44.1).

La autoridad que requiera el testimonio deberá evitar que se perturbe al funcionario consular en el ejercicio de sus funciones, y para ello podrá recibir su testimonio en el domicilio del funcionario o en la oficina consular, o aceptar su declaración por escrito, siempre que sea posible (art. 44.2). Los miembros de una oficina consular no estarán obligados a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales que se refieran a tales hechos y podrán negarse a deponer como expertos respecto de las leyes del Estado que envía (art. 44.3).

d) El Estado que envía podrá renunciar, respecto de un miembro de la oficina consular, a cualquiera de los privilegios e inmunidades. La renuncia será siempre expresa, excepto en el caso previsto en el artículo 45.3, y se comunicará por escrito al Estado receptor.

e) Los funcionarios y empleados consulares y los miembros de su familia que vivan en su casa estarán exentos de todas las obligaciones prescriptas por las leyes y reglamentos del Estado receptor en materia de inscripción de extranjeros y permiso de residencia (art. 46.1).

Los miembros de la oficina consular estarán exentos, respecto de los servicios

que presten, de las obligaciones relativas a permisos de trabajo que imponga la legislación referida al empleo de trabajadores extranjeros (art. 47.1). El artículo 47.2 establece una condición para que los miembros del personal privado de los funcionarios y empleados consulares se beneficie de la misma exención: no ejercer en el Estado receptor ninguna otra ocupación lucrativa. En este punto, es necesario recordar que por “miembro del personal privado” se entiende “la persona empleada exclusivamente en el servicio particular de un miembro de la oficina consular” (art. 1.1.i).

La exención fiscal de la que gozan los funcionarios y empleados consulares en virtud del artículo 49.1 tiene el mismo alcance, en cuanto a los impuestos y gravámenes comprendidos y a las excepciones, que la exención fiscal prevista para los agentes diplomáticos, pero la Convención de 1963 la hace extensiva a los miembros de su familia que vivan en su casa. Los miembros del personal de servicio estarán exentos de los impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios (art. 49.2).

El Estado receptor permitirá, con arreglo a las leyes y los reglamentos que promulgue, la entrada, con exención de todos los derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos, de los objetos destinados al uso oficial de la oficina consular y al uso personal del funcionario consular y de los miembros de su familia que vivan en su casa, incluidos los efectos destinados a su instalación, pero los artículos de consumo no deberán exceder de las cantidades que esas personas necesiten para su consumo directo (art. 50.1). Los empleados consulares gozarán de esta franquicia aduanera en relación con los objetos importados para su primera instalación (art. 50.2).

El equipaje personal que lleven consigo los funcionarios consulares y los miembros de su familia que vivan en su casa estará exento de inspección aduanera. Solo se podrá inspeccionar cuando haya motivos fundados para suponer que contiene objetos que no son los ya indicados, o cuya importación o exportación esté prohibida por las leyes y reglamentos del Estado receptor, o que estén sujetos a medidas de cuarentena. La inspección solo podrá hacerse en presencia del funcionario consular o del miembro de su familia (art. 50.3).

Los miembros de la oficina consular y los miembros de su familia que vivan en su casa estarán exentos de toda prestación personal, servicio de carácter público o cargas militares en el Estado receptor (art. 51).

f) Los miembros de la oficina consular gozarán de los privilegios e inmunidades regulados por la Convención desde que entren en el territorio del Estado receptor

para tomar posesión de su cargo o, si ya se encuentran allí, desde el momento en que asuman sus funciones (art. 53.1).

Si un funcionario consular atraviesa el territorio de un tercer Estado o se encuentra en él para ir a asumir sus funciones o reintegrarse a su oficina consular o regresar al Estado que envía, el tercer Estado le concederá todas las inmunidades reguladas por la Convención que sean necesarias para facilitarle el paso o el regreso, lo mismo que a los miembros de su familia que vivan en su casa y gocen de esos privilegios e inmunidades, tanto si acompañan al funcionario consular como si viajan separadamente para reunirse con él o regresar al Estado que envía. Además, los terceros Estados no deberán dificultar el paso por su territorio de los demás miembros de la oficina consular y de los miembros de su familia que vivan en su casa (art. 54).

g) Sin perjuicio de los privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de ellos deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor y no inmiscuirse en sus asuntos internos.

h) Los funcionarios consulares de carrera no ejercerán en provecho propio ninguna actividad profesional o comercial en el Estado receptor (art. 57.1). Los privilegios e inmunidades previstos no se concederán a los empleados consulares que ejerzan una actividad privada de carácter lucrativo en el Estado receptor, ni a los miembros del personal de servicio en la misma situación; tampoco se concederán a los miembros de la familia de tales personas, o a su personal privado, ni a los miembros de la familia del miembro de la oficina consular que ejerzan una actividad privada de carácter lucrativo en el Estado receptor (art. 57.2).

i) Salvo que el Estado receptor conceda otras facilidades, privilegios e inmunidades, los funcionarios consulares que sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor solo gozarán de inmunidad de jurisdicción y de inviolabilidad personal por los actos oficiales realizados en el ejercicio de sus funciones y no estarán obligados a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a esos hechos. Cuando se instruya un procedimiento penal contra esos funcionarios consulares, las diligencias deberán practicarse, salvo que el funcionario esté arrestado o detenido, de modo que se perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares (art. 71.1)¹¹.

¹¹Los demás miembros de la oficina consular que sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor y los miembros de su familia, así como los miembros de la familia de los funcionarios a que se refiere el artículo 71.1, gozarán de facilidades, privilegios e inmunidades solo en la medida en que el Estado receptor se los conceda.

14.23. Funcionarios consulares honorarios

El Capítulo III de la Convención establece el régimen aplicable a los funcionarios consulares honorarios (es decir, los que no son de carrera) y a las oficinas consulares dirigidas por ellos. Son aplicables las disposiciones que se especifican en los párrafos 1 y 2 del artículo 58.

Los privilegios e inmunidades establecidos en la Convención “no se concederán a los miembros de la familia de un funcionario consular honorario, ni a los de la familia de un empleado consular de una oficina consular dirigida por un funcionario honorario” (art. 58.3).

El Estado receptor adoptará las medidas necesarias para proteger los locales consulares de una oficina consular cuyo jefe sea un funcionario honorario contra toda intrusión o daño y evitar que se perturbe la tranquilidad de la oficina o se atente contra su dignidad (art. 59). La inviolabilidad de los archivos y documentos consulares está garantizada, dondequiera que se encuentren (art. 61). La franquicia aduanera para la entrada de los artículos destinados al uso oficial de una oficina consular dirigida por un funcionario consular honorario se halla igualmente prevista (art. 62).

Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular honorario, este deberá comparecer ante las autoridades competentes. En cuanto al trato deferente que ha de recibir en el marco de las actuaciones procesales, lo previsto en el artículo 63 coincide con lo que dispone el artículo 41.3. Cuando sea necesario detener a un funcionario consular honorario el procedimiento contra él se iniciará con el menor retraso posible.

El Estado receptor estará obligado a conceder al funcionario consular honorario la protección que pueda necesitar por razón de su carácter oficial (art. 64). Los funcionarios consulares honorarios, salvo quienes ejerzan en el Estado receptor cualquier profesión o actividad comercial en provecho propio, estarán exentos de las obligaciones prescriptas en la legislación de ese Estado en materia de inscripción de extranjeros y permisos de residencia, y estarán exentos también de todos los impuestos y gravámenes sobre las retribuciones y los emolumentos que perciban del Estado que envía por el ejercicio de funciones consulares, según lo dispuesto en los artículos 65 y 66, así como de prestaciones personales (art. 67). Por último, con arreglo al artículo 68, “todo Estado podrá decidir libremente si ha de nombrar o recibir funcionarios consulares honorarios”.

14.24. Ejercicio de funciones consulares por las misiones diplomáticas

Según el artículo 70.1, las disposiciones de la Convención se aplicarán también, en la medida que sea procedente, al ejercicio de funciones consulares por una misión diplomática. Al ejercer estas funciones, la misión diplomática podrá dirigirse a las autoridades locales de la circunscripción consular y a las autoridades centrales del Estado receptor, con la misma limitación establecida para los funcionarios consulares, es decir, siempre que la comunicación con las autoridades centrales esté permitida por las leyes y reglamentos del Estado receptor o los acuerdos internacionales aplicables (art. 70.3). Los privilegios e inmunidades de los miembros de la misión diplomática agregados a la sección consular, o encargados del ejercicio de las funciones consulares en la misión, seguirán rigiéndose por las normas de Derecho Internacional relativas a las misiones diplomáticas (art. 70.4).

14.25. Terminación de las funciones consulares

Las funciones de un miembro de la oficina consular terminarán, *inter alia*, por la notificación del Estado que envía al Estado receptor de que se ha puesto término a esas funciones, por la revocación del *exequatur* y por la notificación de que el Estado receptor ha dejado de considerar a la persona de que se trate como miembro del personal consular (art. 25). Como en el caso de los agentes diplomáticos, la terminación de funciones de un miembro de la oficina consular puede deberse a una decisión personal (renuncia) o al hecho de haber obtenido un beneficio previsual.

Aun en caso de conflicto armado, el Estado receptor dará a los miembros de la oficina consular y a los miembros del personal privado que no sean nacionales del Estado receptor, así como a los miembros de su familia que vivan en su casa, cualquiera que sea la nacionalidad de estas personas, el plazo necesario y las facilidades para que puedan preparar su viaje y salir lo antes posible, una vez que hayan terminado las funciones de aquellos; en especial, el Estado receptor deberá poner a su disposición, si fuere necesario, los medios de transporte indispensables, incluso para sus bienes, con excepción de los adquiridos en el Estado receptor cuya exportación esté prohibida en el momento de la salida (art. 26). En cuanto a la protección de los locales y archivos consulares y de los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, en caso de ruptura de las relaciones consulares rigen las disposiciones del artículo 27, similares a las que rigen en materia de ruptura de relaciones diplomáticas.

Regresar al Sumario

15. Responsabilidad internacional

15.1. Consideraciones generales

La CDI aprobó en 2001 el proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y recomendó a la Asamblea General que tomara nota del proyecto en una resolución, incluyéndolo como anexo, y estudiase en una etapa posterior la posibilidad de convocar una conferencia internacional para examinar el proyecto con miras a concertar una convención. La Asamblea General tomó nota del proyecto y lo señaló a la atención de los gobiernos¹.

El proyecto, al formular por escrito las normas consuetudinarias existentes en la materia, aporta el grado de certeza necesario para conocer de manera más precisa el régimen de la responsabilidad internacional del Estado. El meritorio trabajo de la CDI ha constituido la columna vertebral del tratamiento de la responsabilidad internacional, pero “existe una marcada reticencia de los Estados para volcar toda esta labor en instrumentos convencionales” (Rey Caro, 2009, p. 20).

Existe responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos y por hechos no prohibidos por el Derecho Internacional.

15.2. Hecho internacionalmente ilícito

El proyecto mencionado establece que “todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad” (art. 1). Este es el principio general.

¿Cuándo hay hecho internacionalmente ilícito del Estado? Cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado según el Derecho Internacional y constituye una violación de una obligación internacional (art. 2). Hay violación de una obligación internacional cuando un hecho de un Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, cualquiera sea su origen o naturaleza (art. 12). Puede tratarse entonces de una obligación cuya fuente sea una norma consuetudinaria o una norma convencional, o el origen de la obligación

¹Resolución 56/83, del 12 de diciembre de 2001. La resolución 71/133 reconoce que hay cada vez más decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales que se refieren a los artículos y los señala nuevamente a la atención de los Gobiernos.

puede ser un acto unilateral, o una resolución de un órgano de una organización internacional que tenga efectos vinculantes para los Estados miembros, y es posible también que la obligación derive de la sentencia de un tribunal internacional.

Los elementos del hecho internacionalmente ilícito son dos: un elemento objetivo, la violación de una obligación internacional, y un elemento subjetivo, que se configura cuando la violación es atribuible al Estado. No es relevante para que exista un hecho internacionalmente ilícito que haya dolo o culpa, a menos que resulte lo contrario de la propia obligación primaria. Tampoco que se haya causado daño².

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el Derecho Internacional y no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el Derecho interno (art. 3), lo cual se compadece con la norma de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que dispone que un Estado no puede invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional mientras el Estado no se halle vinculado por esa obligación en el momento en que se produce el hecho (art. 13). Ha de tratarse entonces de una obligación en vigencia respecto del Estado. Puede ser incluso la obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor, que deriva de lo dispuesto por el artículo 18 de la Convención de Viena. También hay que tener en cuenta lo dispuesto por ese instrumento con respecto a la aplicación provisional de un tratado (art. 25).

En cuanto a la extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional, el proyecto contempla lo siguiente: a) la violación mediante un hecho del Estado que no es de carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren; b) si el hecho del Estado tiene carácter continuo, la violación se extiende durante todo el período en que continúa el hecho y subsiste su falta de conformidad con la obligación; c) si el Estado está obligado a prevenir un acontecimiento determinado, la violación tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante el periodo en que dicho acontecimiento continúa y sigue estando en contradicción con la obligación (art. 4).

Además, la violación de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definidas en su conjunto como ilícitas, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es

²La CDI pone de resalto, en sus Comentarios al proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, que el daño sólo tiene relevancia en cuanto a la reparación.

suficiente para constituir el hecho ilícito; en tal caso, la violación se extiende durante el período que comienza con la primera de las acciones u omisiones y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional (art. 15).

15.3. Atribución al Estado del comportamiento de órganos

a) Se considera hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra índole, cualquiera sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a un ente territorial del Estado (art. 4.1). La expresión “cualquiera sea su posición en la organización del Estado” indica que no cabe distinguir los actos de los funcionarios “superiores” de los actos de los funcionarios “subordinados”, como aclara la CDI en su comentario al respecto. Con arreglo al artículo 4.2, “se entenderá que órgano incluye a toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno”.

b) Si un órgano legislativo sanciona una ley que resulta incompatible con una obligación internacional y el Poder Ejecutivo no la veta o carece de la facultad de hacerlo, el Estado al cual el órgano pertenece habrá incurrido *prima facie* en responsabilidad internacional. En otras circunstancias, el dictado de una ley puede no ser suficiente para violar una obligación internacional, especialmente si la ley está abierta a que el Estado la aplique de una forma que no viole la obligación internacional en cuestión. En tales casos, que haya una violación dependerá de si la ley se aplica y cómo se aplica³.

Otro supuesto de responsabilidad internacional por el comportamiento de un órgano legislativo se configura ante la no adopción de la legislación que corresponde dictar en virtud de un tratado en vigor, y hay que subrayar que la responsabilidad del Estado por actos de sus órganos legislativos es extensiva a los actos constitucionales.

A propósito de la responsabilidad de los órganos legislativos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención⁴.

³Párrafo 12 del comentario al artículo 12.

⁴Corte IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la*

c) Los jueces o tribunales pueden generar responsabilidad internacional del Estado, en lo que respecta a personas extranjeras, en tres supuestos: 1) por violación directa de una obligación internacional; 2) por denegación de justicia en sentido propio, que es la negativa a ejercer las funciones judiciales ante la demanda presentada, así como en los casos de retardo injustificado en dictar sentencia; 3) por el contenido de las decisiones lesivas para un extranjero (Pastor Ridruejo, 2013). En este último supuesto, la violación del Derecho interno ha de ser flagrante e inexcusable, como sostuvo España en el caso *Barcelona Traction*.

La Corte Interamericana ha expresado que las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores migrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado, recordando que hay casos en que el Estado viola directamente los derechos humanos de tales personas, como el del trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que este le proporcione las debidas garantías ni protección judicial⁵.

En el párrafo 156 de la misma opinión consultiva, el Tribunal, haciendo foco en el principio *pro persona*, consideró que si una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el Derecho interno, y “si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente”, de lo cual se desprende que la no aplicación de aquel principio puede involucrar la responsabilidad internacional del Estado si el fallo no es revocado por los tribunales superiores.

Es también un supuesto de responsabilidad internacional del Estado la violación de una obligación internacional por el comportamiento de un órgano judicial en perjuicio de nacionales del Estado del foro. La protección de los derechos humanos demanda la tutela judicial efectiva y el respeto de las garantías del debido proceso legal.

d) Si la violación de una obligación internacional se debe al comportamiento de una división territorial del Estado (por ejemplo, una entidad componente de un Estado federal, como las provincias argentinas), una excepción al principio consagrado en el artículo 4.1 se configuraría si en un tratado se hubiera insertado la llamada “cláusula federal”, exonerando al Estado de responsabilidad por no estar en condiciones de asegurar, debido al reparto constitucional de competencias, el

Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 37.

⁵Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, párr. 154.

cumplimiento del tratado. Una segunda excepción se presentaría en el supuesto de que una entidad territorial ejerciera una capacidad para obligarse internacionalmente que le haya sido reconocida y la otra parte consintiera en invocar la responsabilidad solo contra esa entidad.

e) El ejercicio de las atribuciones del poder público es determinante para que el Estado responda internacionalmente. Por eso, el artículo 5 del proyecto considera hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado de acuerdo con el artículo 4 pero esté facultada por el Derecho interno para ejercer aquellas atribuciones, siempre que la persona o entidad actúe en esa capacidad. Al comentar este artículo, la CDI remarca que el término “entidad” comprende incluso, en casos especiales, compañías privadas; por ejemplo, en algunos países compañías de seguridad pueden ser contratadas para actuar como agentes penitenciarios y en esa capacidad pueden ejercer poderes públicos⁶.

f) Con arreglo al artículo 6, se considera hecho del Estado según el Derecho Internacional el comportamiento de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, siempre que el órgano ejerza atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra.

g) El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada a ejercer atribuciones del poder público se considera hecho del Estado según el Derecho Internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o no siga las instrucciones recibidas (art. 7). En otras palabras, los actos ultra vires son imputables al Estado.

15.4. Otros supuestos de responsabilidad

a) El Estado responde por el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado al observar tal comportamiento (art. 8).

El grado de control que debe ejercer el Estado para que la conducta de una persona o de un grupo le sea atribuible se examinó en el caso de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* a fin de determinar si existía responsabilidad de los Estados Unidos por las violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario cometidas por los *contras*. Para la CIJ no había evidencia clara de que Estados Unidos ejerciera tal grado de control en todos los campos como

⁶CDI, párrafo 2 del comentario al artículo 5.

para justificar que los *contras* actuaron por cuenta de dicho Estado. En definitiva, entendió que había responsabilidad por la planificación, dirección y apoyo a los operativos nicaragüenses, pero que todas esas formas de participación, e incluso el control general sobre una fuerza con un alto grado de dependencia, no significaban *per se*, sin prueba adicional, que el Estado demandado dirigió o impuso la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y las normas humanitarias alegados por el Estado demandante.

La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, en el caso *Tadic*, sostuvo que el grado de control puede variar según las circunstancias del caso y que el requerido por el Derecho Internacional para considerar internacional el conflicto armado era un *control general* que fuera más allá de la simple financiación y equipamiento de las fuerzas e implicara también participación en la planificación y la supervisión de las operaciones militares. La Sala no estuvo de acuerdo con el enfoque de la CIJ en el caso *Nicaragua*, pero aclaró que su mandato estaba orientado a cuestiones inherentes a la responsabilidad penal individual, no a la responsabilidad del Estado.

En el caso relativo a la *Convención de Genocidio* (2007), la CIJ reafirmó el criterio del *control efectivo* adoptado en el caso *Nicaragua* y entendió que no existió tal control, por parte de la República Federal de Yugoslavia, en el genocidio en Srebrenica⁷. Concluyó además que el criterio más flexible utilizado por el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia puede conducir a que se diluya completamente la conexión entre la conducta de los órganos del Estado y su responsabilidad internacional⁸.

A criterio de la CDI, en cada caso habrán de considerarse los hechos, en particular los concernientes a la relación entre las instrucciones que se dieron o la dirección o el control ejercidos y el comportamiento específico denunciado. En el texto del artículo 8, los términos “instrucciones”, “dirección” y “control” son disyuntivos; basta con que se pruebe cualquiera de ellos. Al mismo tiempo, ha de existir una relación entre las instrucciones, la dirección o el control y el comportamiento que presuntamente constituye un hecho internacionalmente ilícito⁹.

También merece atención la participación de compañías militares privadas en conflictos armados internos. Muchas de estas compañías son creadas por ex militares que suelen defender indirectamente los intereses del país donde están registradas, generalmente Estados Unidos o el Reino Unido, por lo que no debería ser muy

⁷CIJ, *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, sentencia del 26 de febrero de 2007, párr. 395.

⁸Ibíd., párr. 406.

⁹CDI, párrafo 7 del comentario al artículo 8.

extraño encontrar que un Estado distinto del que contrata la compañía militar privada ejerce un control más o menos importante en las actividades de la compañía, a través, por ejemplo, de la determinación de objetivos y de misiones que se pueden llevar a cabo por ser acordes a las directrices de su política exterior (Espaliú Berdud, 2007, p. 156).

b) El artículo 9 se refiere al supuesto que se configura cuando una persona o un grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieran el ejercicio de esas atribuciones. Tal supuesto es de carácter excepcional (conflicto armado u ocupación extranjera, por ejemplo) e implica que las autoridades regulares se disuelven, están desintegradas, han sido suprimidas o están por un tiempo sin capacidad operativa, y también cubre los casos en que la autoridad legal se halla en proceso de gradual restauración, como sucede, por ejemplo, después de una ocupación extranjera, según explica la CDI.

Con respecto a la actuación de los Guardias Revolucionarios inmediatamente después de la revolución en la República Islámica de Irán, la CDI comenta que el Tribunal interviniente encontró ese comportamiento atribuible a dicho Estado sobre la base de que, si no estaban autorizados por el Gobierno, entonces los Guardias “al menos ejercieron atribuciones del poder público en ausencia de autoridades oficiales, en operaciones de las cuales el nuevo Gobierno debería haber tenido conocimiento y a las que específicamente no objetó”¹⁰. Los Guardias Revolucionarios ejercieron funciones de inmigración, aduana y otras similares en el aeropuerto de Teherán durante el período inmediatamente posterior a la revolución. En este contexto, ocurrieron los hechos del caso *Yeager*¹¹.

La frase “en ausencia o defecto de” abarca tanto el caso de colapso total del aparato estatal como aquellos casos en que existe un colapso parcial o pérdida de control del Estado sobre cierta localidad¹².

¹⁰Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos, sentencia del caso *Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran*, párr. 43.

¹¹Yeager trabajaba en Irán y en 1979 fue expulsado, junto con su familia, por los Guardias Revolucionarios, quienes lo condujeron a un hotel, donde lo retuvieron en custodia varios días, y después lo llevaron al aeropuerto. Irán negó los hechos, aduciendo que Yeager no había sido expulsado sino que abandonó voluntariamente el país y que los Guardias solamente intentaron protegerlo y asistirlo. Sostuvo además que los Guardias eran independientes del Gobierno, por lo que sus actos no eran atribuibles al Estado. El Tribunal interpretó que los Guardias habían ejercido una autoridad gubernamental al desempeñar aquellas funciones, actuando de hecho en nombre del Estado.

¹²CDI, párrafo 5 del comentario al artículo 9.

c) El Estado responde también por el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado. A su vez, el comportamiento de un movimiento insurreccional que logra establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considera hecho del nuevo Estado según el Derecho Internacional, según los párrafos 1 y 2 del artículo 10 del proyecto.

En ambos casos la solución se basa en la idea de continuidad. En el primer caso, continuidad entre la organización del movimiento insurreccional y la del nuevo Gobierno, y en el segundo, entre la organización del movimiento y la organización del nuevo Estado¹³. Como aclara la CDI en su respectivo comentario, cuando el movimiento alcanza sus objetivos y se instala como nuevo gobierno, o forma un nuevo Estado en parte del territorio del Estado preexistente o en un territorio bajo la administración de este, sería anómalo que el nuevo régimen o el nuevo Estado pudiera eludir su responsabilidad por su anterior comportamiento. Hay que aclarar que “la palabra ‘comportamiento’ solo se refiere al del movimiento como tal y no a los hechos individuales de miembros del movimiento que actúan a título personal”.

Puede haber casos excepcionales en que el Estado se encuentre en situación de tomar medidas de vigilancia, prevención o castigo con respecto al comportamiento del movimiento insurreccional pero que, en contra de todo lo debido, no las haya tomado. Esto se contempla en el proyecto de artículos: las normas de atribución mencionadas se entenderán sin perjuicio de la atribución al Estado de todo comportamiento, cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate, que deba considerarse un hecho de ese Estado en virtud de los artículos 4 a 9 (art.10.3). Las palabras “cualquiera que sea su relación con el del movimiento de que se trate” deben entenderse en un sentido amplio. Así, el hecho de que el Estado se abstenga de adoptar las medidas a su alcance para proteger los locales de las misiones diplomáticas amenazadas de ataque por un movimiento insurreccional resulta claramente atribuible al Estado¹⁴.

d) El comportamiento de una persona o de un grupo de personas que el Estado reconozca y adopte como propio genera la responsabilidad de ese Estado (art. 11). En el caso del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1980), la Corte atribuyó a Irán la ocupación de la embajada y la toma como rehenes de dicho personal por militantes (estudiantes islámicos seguidores de la política del Imán), teniendo en cuenta que las autoridades iraníes aprobaron expresamente ese

¹³CDI, párrafo 4 del comentario al artículo 10.

¹⁴Párrafo 15 del comentario al artículo 10.

comportamiento y mantuvieron la situación¹⁵.

“Las palabras ‘reconozca y adopte’ dejan bien sentado que es necesario algo más que un reconocimiento general de una situación de hecho, que es preciso más bien que el Estado reconozca ese comportamiento y lo haga suyo”¹⁶.

e) Los artículos 16 a 18 del proyecto contemplan tres supuestos de responsabilidad del Estado en relación con el hecho de otro Estado: 1) ayuda o asistencia en la comisión del hecho internacionalmente ilícito; 2) dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito; 3) coacción sobre otro Estado.

Del primer supuesto, la CDI da como ejemplo el bombardeo de Trípoli en abril de 1986. Libia cargó al Reino Unido la responsabilidad del evento, basándose en que había permitido que varias de sus bases aéreas fueran usadas para el lanzamiento de los aviones de combate de los Estados Unidos que llevaron a cabo el ataque. En el Consejo de Seguridad un proyecto de resolución sobre el asunto fue vetado, pero la Asamblea General aprobó una resolución condenando el ataque como violación de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho Internacional y llamó a todos los Estados a abstenerse de dar asistencia o facilidades para perpetrar actos de agresión contra Libia¹⁷.

15.5. Circunstancias que excluyen la ilicitud

El consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad son las circunstancias que excluyen la ilicitud. Sin embargo, no excluirán la ilicitud de cualquier hecho del Estado que no esté en conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de Derecho Internacional general y, por otro lado, la invocación de alguna de esas circunstancias se entiende sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de que se trate, en caso de que la circunstancia excluyente de la ilicitud haya dejado de existir y en la medida en que ello ocurra, y de la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho (arts. 26 y 27).

a) El consentimiento de un Estado excluye la ilicitud de un hecho de otro Estado (art. 20). A modo de ejemplo, cabe citar el caso *Savarkar* (1911). En Marsella, Vinayak Savarkar se escapó del buque a bordo del cual estaba bajo custodia, en viaje a la India para responder por cargos criminales, y fue detenido en territorio francés por autoridades británicas, que lo llevaron nuevamente al buque. El tribunal arbitral

¹⁵Fallo citado en el párrafo 6 del comentario al artículo 11.

¹⁶CDI, párrafo 6 del comentario al artículo 11.

¹⁷Resolución 41/38, de 20 de noviembre de 1986.

designado para resolver la controversia entre Francia y Gran Bretaña, originada en ese hecho, decidió que la detención no constituyó una violación de la soberanía francesa porque Francia había consentido implícitamente la medida a través de la conducta de sus gendarmes, que ayudaron a los oficiales británicos a concretarla.

El consentimiento debe ser válido. Por consiguiente, si está afectado por algún vicio de los que hablamos en el capítulo sobre el Derecho de los Tratados (nulidad) no quedará excluida la ilicitud. Por otro lado, el consentimiento excluye la ilicitud siempre que se actúe “dentro de los límites del consentimiento”. Así, si un Estado autoriza que su espacio aéreo sea sobrevolado por aeronaves comerciales de otro Estado, no debe entenderse que esa autorización se extiende sin más al sobrevuelo de aeronaves militares.

b) Queda excluida la ilicitud del hecho de un Estado cuando constituye una medida de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Esto no significa que la legítima defensa excluya la ilicitud en todos los casos y con respecto a todas las obligaciones¹⁸. Así, el Estado que la ejerce debe cumplir las obligaciones que emanan del Derecho Internacional Humanitario, además de ajustar su conducta a los requisitos de la legítima defensa.

c) El Estado no incurre en responsabilidad internacional si el hecho que se le atribuye constituye una contramedida tomada contra otro Estado de acuerdo con las disposiciones aplicables (art. 22)¹⁹. El Estado lesionado solo podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito para inducirlo a cumplir sus obligaciones en relación con ese hecho, y las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de las obligaciones que el Estado lesionado tiene respecto del Estado responsable. En lo posible, deben tomarse de forma que permita la reanudación del cumplimiento de las obligaciones respectivas.

Ciertas obligaciones no podrán ser afectadas por las contramedidas: a) la obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, tal como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas; b) las obligaciones establecidas para proteger los derechos humanos fundamentales; c) las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias; d) otras obligaciones que emanan de normas imperativas de Derecho Internacional general.

El Estado que toma las contramedidas no quedará exento del cumplimiento de

¹⁸CDI, párrafo 3 del comentario al artículo 21.

¹⁹Entre las medidas de aplicación coactiva del Derecho Internacional figuran también las retorsiones. Una retorsión es una medida legal, pero inamistosa, como la ruptura de relaciones diplomáticas, la retirada del embajador o su llamada a consultas, entre otras medidas.

las obligaciones que le incumben en virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre ese Estado y el Estado responsable, así como de respetar la inviolabilidad de los agentes, locales, archivos y documentos diplomáticos y consulares.

“Las contramedidas deben ser proporcionales al perjuicio sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho internacionalmente ilícito y los derechos en cuestión” (art. 51). El Estado lesionado, antes de tomarlas, requerirá al Estado responsable que cumpla las obligaciones que le incumben, es decir, que ponga fin al ilícito; si este continúa, que repare el perjuicio causado y, cuando proceda, que ofrezca garantías de no repetición. Notificará además al Estado responsable cualquier decisión de tomar contramedidas y ofrecerá negociar con él²⁰.

Las contramedidas no podrán tomarse y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo injustificado si el hecho internacionalmente ilícito ha cesado y la controversia está sometida a una corte o un tribunal con facultad para dictar decisiones vinculantes para las partes, pero estas reglas no regirán si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias. El Estado lesionado ha de poner fin a las contramedidas tan pronto como el Estado responsable cumpla sus obligaciones en relación con el hecho internacionalmente ilícito.

d) La ilicitud queda excluida si el hecho se debe a fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control estatal, que hace materialmente imposible cumplir la obligación (art. 23.1), salvo que la situación de fuerza mayor se deba, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca, o este haya asumido el riesgo de que tal situación se produzca (art. 23.2).

La fuerza mayor puede consistir, por ejemplo, en una tempestad que desvía una aeronave de Estado al espacio aéreo de otro Estado, sin que exista autorización para ingresar en el espacio aéreo de este último. Debe tratarse de una situación irresistible, de modo que el Estado involucrado no tenga ninguna posibilidad real de escapar de sus efectos²¹. En cambio, no están incluidos los casos en que el cumplimiento de una obligación se hace más dificultoso, por ejemplo, a causa de una crisis política o económica.

²⁰No obstante lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 52 (es decir, la exigencia de notificación), el Estado lesionado podrá tomar las contramedidas urgentes que sean necesarias para preservar sus derechos (art. 52.2).

²¹CDI, párrafo 3 del comentario al artículo 23.

Tampoco comprende situaciones provocadas por el descuido o la ineficiencia del Estado interesado, aun cuando el perjuicio resultante fuera accidental y no intencional, según señala la CDI, que cita además el siguiente ejemplo: en 1906, un oficial a bordo del buque *Chatanooga* fue herido de muerte cuando el buque entraba al puerto chino de Chefoo por una bala disparada desde un buque de guerra francés. Estados Unidos obtuvo reparación alegando que “si bien el homicidio del teniente England sólo puede considerarse como un accidente, no cabe estimar que pertenece a la categoría de hechos inevitables que no entrañan responsabilidad alguna”, porque no se concibe que hubiese ocurrido sin el elemento coadyuvante de falta de la debida precaución por parte de los oficiales del *Dupetit Thouars* encargados del ejercicio de tiro con fusil, que no hicieron cesar el fuego cuando el *Chatanooga*, en su paso normal por el canal público, penetró en la línea de impacto.

e) Una nueva causa de exclusión de la ilicitud del hecho de un Estado se presenta cuando su autor no tiene razonablemente otra manera, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la de otras personas confiadas a su cuidado (art. 24.1). No se aplica esta causa si la situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca, o es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor (art. 24.2).

En la práctica, los casos de peligro extremo han involucrado mayormente a aeronaves o buques de Estado que ingresaron al territorio de otro Estado a causa de una tempestad o de averías mecánicas o de navegación. Como recuerda el comentario de la CDI al artículo 24 del proyecto, cuando aeronaves militares estadounidenses ingresaron sin autorización en el espacio aéreo de Yugoslavia en 1946 fueron atacadas por la fuerza aérea yugoslava y Washington protestó argumentando que habían ingresado solo para escapar de un peligro extremo. Yugoslavia respondió denunciando que la sistemática violación de su espacio aéreo solo podía ser intencional en vista de su frecuencia, aunque luego informó al Departamento de Estado que había prohibido abrir fuego contra cualquier aeronave que volara sobre su territorio sin autorización, presumiendo que Washington, por su parte, adoptaría lo necesario para prevenir esos vuelos, excepto en caso de emergencia o de mal tiempo, para lo cual podían hacerse arreglos mediante un acuerdo bilateral.

El peligro extremo está contemplado en diversos tratados como circunstancia justificante de una conducta que de otro modo sería ilícita. La CONVEMAR prescribe que el paso inocente por el mar territorial “será rápido e ininterrumpido”, pero aclara que, no obstante ello, comprende la detención y el fondeo que “sean impuestos al buque por fuerza mayor o dificultad grave o se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o en dificultad grave” (art. 18.2). En este

caso, también se contempla la fuerza mayor.

f) Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado, a menos que tal hecho sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente y no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales exista la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto (art. 25.1).

El artículo 25.2 completa lo anterior diciendo que, en todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad si la obligación internacional en cuestión excluye esa posibilidad, o el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

En marzo de 1967, el petrolero de bandera liberiana *Torrey Canyon* encalló fuera del mar territorial británico, derramando una gran cantidad de crudo en forma amenazante para la costa. Después de varios intentos fallidos, las autoridades británicas decidieron bombardearlo para quemar el crudo remanente. Con anterioridad, el propietario había abandonado implícitamente los restos del buque. Poco después, en 1969, se adoptó la Convención internacional relativa a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos²².

Además de la preservación del medio ambiente, el interés esencial a salvaguardar puede ser otro, como, por ejemplo, la seguridad o la salud de la población. En el marco de la solicitud de opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, Israel argumentó que perseguía el único objetivo de combatir eficazmente los ataques terroristas lanzados desde la Ribera Occidental. La Corte examinó la cuestión de si Israel podía invocar el estado de necesidad como motivo de la exclusión de la ilicitud de la construcción del muro y, tras remarcar que una de las condiciones para la invocación de esa causal es que el hecho que se esté cuestionando “sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”, expresó, en el párrafo 140 de su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, no estar “convencida de que la construcción del muro a lo largo del trazado elegido fuera la única forma

²²La Convención reconoce el derecho de un Estado ribereño a tomar las medidas que sean necesarias para prevenir, mitigar o eliminar un peligro para su litoral marítimo derivado de la contaminación por petróleo o la amenaza de tal contaminación, a causa de un siniestro marítimo, pero solo puede hacerlo luego de las debidas consultas con el Estado del pabellón, los propietarios de los buques o cargamentos y, cuando las circunstancias lo permitan, los expertos independientes designados para ese fin.

de salvaguardar los intereses de Israel contra el peligro que ha invocado como justificación de esa construcción”.

Argentina invocó el estado de necesidad en ciertos casos sometidos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)²³. Concretamente, invocó la crisis económica y social de 2001, con suerte dispar en cuanto al resultado del planteo. En el caso *LG & E Energy Corp. y otros contra la República Argentina* (2006), el laudo arbitral acogió la causal invocada, considerando, entre otros fundamentos, que el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003 no fue simplemente un período de “problemas económicos” sino que hubo una crisis extremadamente severa en los sectores económico, político y social que alcanzó su clímax en diciembre de 2001.

g) Para no confundir una cosa con otra, hablando de fuerza mayor, peligro extremo y estado de necesidad, hay que tener en cuenta que la fuerza mayor no deja opción, a diferencia del peligro extremo, en que sí hay opción (entre el respeto de la obligación internacional o su violación), aunque se trata de una opción teórica, mientras que en el estado de necesidad también existe la posibilidad de optar, pero el comportamiento elegido es el único modo razonable de salvaguardar un interés esencial del Estado, no ya el interés inmediato de salvar vidas humanas.

15.6. Contenido de la responsabilidad internacional del Estado

La responsabilidad internacional del Estado que nace de un hecho internacionalmente ilícito produce las consecuencias jurídicas enunciadas en los artículos 28 a 33 del proyecto que venimos analizando.

La primera consecuencia es la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada. Recordemos que una violación grave de un tratado por una de las partes faculta a la suspensión de la aplicación del tratado, en forma total o parcial, o a darlo por terminado, según el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, en los tratados de derechos humanos esa facultad no existe, lo mismo que en los tratados de Derecho Internacional Humanitario.

²³El CIADI fue creado en 1966 en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Procura la solución, a través de la conciliación o el arbitraje, de tales diferencias. Es una de las instituciones que forman parte del Grupo del Banco Mundial, pero se trata de una organización autónoma.

Además, el Estado responsable está obligado a poner fin al hecho internacionalmente ilícito, si continúa, así como a ofrecer garantías y seguridades de no repetición si las circunstancias lo exigen. “Ambos son aspectos del restablecimiento y la reconstitución de la relación jurídica afectada por la violación”, comenta la CDI²⁴.

Por lo demás, la cesación del acto ilícito es una cuestión que está en íntima conexión con la reparación, particularmente con la restitución. Incluso, el resultado de la cesación puede ser indistinguible de la restitución, como ocurre en el caso de la liberación de rehenes²⁵.

Las seguridades y garantías se relacionan con la restauración de la confianza y suelen requerirse cuando el Estado lesionado tiene razones para creer que el mero restablecimiento de la situación preexistente no lo protege de manera satisfactoria. ¿En qué consisten unas y otras? “Las seguridades normalmente son dadas verbalmente, mientras que las garantías de no repetición entrañan algo más; por ejemplo, medidas preventivas a ser tomadas por el Estado responsable, destinadas a evitar la repetición de la violación”, según la distinción que se hace en el párrafo 12 del comentario al artículo 30.

El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito, comprendiendo el perjuicio todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho, y no puede invocar su Derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben. Además, las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la segunda parte del proyecto pueden existir en relación con otro Estado, con varios Estados o la comunidad internacional en su conjunto, según la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación, y sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar de manera directa en beneficio de una persona o de una entidad que no sea un Estado.

15.7. Reparación del daño

La reparación integral del daño causado por el hecho internacionalmente ilícito puede asumir la forma de restitución, indemnización y satisfacción, ya sea por separado o en combinación.

El Estado responsable está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito (*status quo ante*), siempre

²⁴CDI, párrafo 1 del comentario al artículo 30.

²⁵Párrafo 7 del comentario al artículo 30

que, y en la medida que, ello no sea materialmente imposible y no entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con el beneficio que derivaría de la restitución en lugar de la indemnización. La restitución puede consistir en alguna forma de restablecimiento material o en la devolución de territorio, personas o bienes, o en dejar sin efecto algún acto jurídico, o en una y otra de esas posibilidades. En algunos casos incluirá la revocación, anulación o modificación de una previsión constitucional o legal que resulte violatoria de una norma de Derecho Internacional, ilustra el párrafo 5 del comentario al artículo 35. Esto fue, precisamente, lo que ocurrió en el caso *La Última Tentación de Cristo*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que Chile había violado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de Juan Pablo Olmedo Bustos y otras seis personas, y decidió que el Estado debía “modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’”²⁶.

Por otro lado, el Estado responsable está obligado a indemnizar el daño causado por un hecho internacionalmente ilícito en la medida en que el daño no sea reparado por la restitución. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluidos el lucro cesante en la medida en que sea comprobado y los intereses (art. 38).

El Estado responsable está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito “en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización” (art. 37.1). La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada (art. 37.2), pero no debe ser desproporcionada en relación con el perjuicio ni puede adoptar una forma humillante para el Estado responsable (art. 37.3).

Así, en el caso de las niñas *Yean y Bosico*, la Corte IDH dispuso que el Estado publicara como medida de satisfacción, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional en la República Dominicana, la sección denominada “Hechos Probados” y los puntos resolutivos de la sentencia. Dispuso también que el Estado hiciera un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de petición de disculpas a las víctimas, señalando que el referido acto tendría efectos de satisfacción y serviría como garantía de no repetición²⁷.

²⁶Corte IDH, Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*), sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 103.

²⁷Corte IDH, sentencia del 8 de septiembre de 2005, párrs. 234 -235.

La adecuada forma de satisfacción dependerá de las circunstancias. Una forma de satisfacción puede ser, por ejemplo, el inicio de una acción penal o disciplinaria contra las personas cuya conducta causó el hecho internacionalmente ilícito, o el reconocimiento de los daños simbólicos como parte del daño moral²⁸.

Por último, para determinar la reparación hay que tener en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción u omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad respecto de la cual se exija la reparación.

15.8. Violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas

En el supuesto de responsabilidad internacional generada por una violación grave de una obligación que emana de normas imperativas de Derecho Internacional general resultan aplicables las disposiciones de los artículos 40 y 41 del proyecto. La violación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Las consecuencias generales que derivan de todo ilícito no son las únicas en el supuesto que aquí consideramos, del que derivan también consecuencias particulares: a) los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave; b) ninguno de ellos reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación. Ello, sin perjuicio de cualquier otra consecuencia que una violación a la que se apliquen las disposiciones antes mencionadas pueda generar según el Derecho Internacional.

15.9. Invocación de la responsabilidad

a) Un Estado tiene derecho como Estado lesionado a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a ese Estado o a un grupo de Estados del que forme parte o con relación a la comunidad internacional en su conjunto y la violación de la obligación lo afecta especialmente o es de tal índole que modifica radicalmente la situación de todos los demás Estados con los que existe esa obligación, en cuanto a su posterior cumplimiento (art. 42).

La reclamación está sujeta a ciertos requisitos procesales. El Estado lesionado la notificará al Estado cuya responsabilidad invoque, pudiendo especificar, en particular, el comportamiento que debería observar para poner fin al hecho ilícito, si este continúa,

²⁸CDI, párrafo 5 del comentario al artículo 37.

y la forma que debería adoptar la reparación de conformidad con las disposiciones pertinentes.

Cuando varios Estados sean lesionados por el mismo hecho internacionalmente ilícito, cada uno de ellos está facultado para invocar por separado la responsabilidad del Estado que lo haya cometido. Ahora bien, cuando varios Estados sean responsables del mismo hecho internacionalmente ilícito, podrá invocarse la responsabilidad de cada uno de ellos en relación con el hecho de que se trate (art. 47.1), pero esto no autoriza a un Estado lesionado a recibir una indemnización superior al daño que haya sufrido.

b) Todo Estado que no sea un Estado lesionado tiene derecho a reclamar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que forma parte y ha sido establecida para proteger un interés colectivo del grupo, o la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto (obligación *erga omnes*). El Estado invocante podrá reclamar al Estado responsable la cesación del hecho internacionalmente ilícito y seguridades y garantías de no repetición, pero solo podrá reclamar la reparación “en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada” (art. 48.2.b). Se incluye a los beneficiarios de la obligación violada para dar cobertura a aquellos casos en que, por ejemplo, un Estado viola la obligación *erga omnes* de respetar los derechos humanos. Así, un Estado parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos puede presentar una comunicación ante el Comité de Derechos Humanos alegando que otro Estado parte no cumple las obligaciones que impone el Pacto (art. 41), lo cual es en interés de las personas beneficiarias de estas obligaciones.

El 14 de noviembre de 2022 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una resolución requiriendo a la Federación de Rusia que asuma las consecuencias jurídicas de todos los hechos internacionalmente ilícitos cometidos con respecto a Ucrania, “en particular la reparación por todo perjuicio”. La resolución remarca la necesidad de crear un mecanismo internacional para la reparación de daños.

El texto, promovido por Canadá, Guatemala, Países Bajos y Ucrania recomienda crear un registro internacional de daños, así como de pruebas e información, sobre los perjuicios alegados, y exige que Rusia “rinda cuentas por todas las violaciones de derecho internacional”. La resolución fue aprobada por 94 votos a favor, 14 en contra y 73 abstenciones.

15.10. Responsabilidad internacional por actos no prohibidos

a) Existe otro tipo de responsabilidad: por actos no prohibidos, o responsabilidad *sine delicto*, que surge cuando se causa un daño sin que exista violación de una obligación internacional.

La responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional comenzó a ser tratada por la CDI en 1978. En el seno de la Comisión hubo dos posturas: considerar las actividades ultra-peligrosas (*ultra-hazardous activities*), como las actividades nucleares con fines pacíficos y las actividades espaciales, entre otras, o adoptar un criterio más amplio para abarcar también actividades que pueden causar un daño sensible. En su período de sesiones de 1992, la CDI tomó la decisión de enfocarse en los daños transfronterizos, y en 2001 aprobó un proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas. En 2006 aprobó un nuevo texto, el proyecto de principios sobre asignación de pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

Ya hemos visto el Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales (1972), en el que se consagra el principio de que el Estado de lanzamiento tendrá responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie terrestre o a las aeronaves en vuelo, sin que sea necesario para ello que se haya violado una obligación que emane de las normas relativas al espacio ultraterrestre. En materia de utilización pacífica de la energía nuclear, transporte marítimo de sustancias nucleares y transporte de hidrocarburos también existen regímenes convencionales que establecen una responsabilidad objetiva en el marco del Derecho interno aplicable, y a cargo, en principio, de las empresas particulares que desarrollan esas actividades²⁹.

b) ¿Qué diferencias hay entre la responsabilidad por hecho ilícito y la responsabilidad *sine delicto*? Siguiendo a Barboza (2010), diremos que el fundamento de la primera es la violación de una obligación internacional, mientras que la responsabilidad *sine delicto* “encuentra su fundamento en el daño producido por un hecho lícito” (p. 481).

Otra diferencia radica en que la responsabilidad *sine delicto* deriva de lo establecido en una norma primaria, pues surge sin violación de una obligación; en cambio, las consecuencias jurídicas de los hechos internacionalmente ilícitos están

²⁹Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares (1963) y Convenio Relativo a la Responsabilidad Civil en la Esfera del Transporte Marítimo de Sustancias Nucleares (Convenio de Bruselas, 1971), entre otros instrumentos.

previstas en normas secundarias. Aparte de ello, en la responsabilidad por hecho ilícito se atribuye al Estado la conducta de ciertas personas que actúan como órganos estatales, o ejercen atribuciones del poder público, o actúan por instrucciones o bajo la dirección o el control del Estado, o en ausencia o defecto de las autoridades oficiales, mientras que en la responsabilidad que analizamos aquí no hay atribución al Estado de las conductas que originan el daño y las obligaciones que le incumben derivan de que las actividades en cuestión se desarrollan bajo su jurisdicción o control (Barboza, 2010).

Esto último se aprecia en la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, que, si bien consagra la responsabilidad del explotador, hace subsidiariamente responsable al Estado (art. VII.1), fórmula también empleada en otros instrumentos.

c) Los artículos del proyecto sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas se aplican “a las actividades no prohibidas por el derecho internacional que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible”. El riesgo de causar daño transfronterizo sensible abarca los riesgos que se presentan como una alta probabilidad de causar ese daño y una baja probabilidad de causar daño transfronterizo catastrófico. Por “daño” se entiende “el causado a las personas, los bienes o el medio ambiente”, y por “daño transfronterizo” el que se causa “en el territorio o en otros lugares bajo la jurisdicción o el control de un Estado distinto del Estado de origen, tengan o no los Estados interesados fronteras comunes”, mientras que el Estado de origen es aquel en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan las actividades de que se trata (art. 2).

El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo. Establecerá, además, el requisito de su autorización previa para cualquier actividad (no prohibida por el Derecho Internacional que entrañe el riesgo de causar daño transfronterizo sensible) que se lleve a cabo en su territorio o en otros lugares bajo su jurisdicción o control, entre otros supuestos. La decisión respectiva deberá basarse en una evaluación del daño transfronterizo que pueda causar la actividad a autorizar, incluida la evaluación del impacto ambiental.

En relación con este punto, en el caso *Pasteras en el río Uruguay*, la CIJ ha dicho que puede considerarse que existe en el Derecho Internacional general una obligación de proceder a la evaluación del impacto sobre el medio ambiente cuando la actividad industrial proyectada arriesga tener un impacto perjudicial importante

en un marco transfronterizo, en particular, en un recurso compartido³⁰.

d) El proyecto de principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas tiene el mismo ámbito de aplicación que el proyecto de artículos de 2001 y su objetivo es “garantizar una indemnización pronta y adecuada a las personas naturales o jurídicas, incluidos los Estados, que sean víctimas de un daño transfronterizo, incluidos los daños al medio ambiente” (principio 3). Con arreglo a otro principio, que apunta a reducir al mínimo todo daño transfronterizo, los Estados, si fuere necesario con la asistencia del explotador o, cuando proceda, el explotador, deberían adoptar sin demora medidas de respuesta adecuadas, que incluyan la pronta notificación a todos los Estados que puedan resultar afectados y, cuando proceda, la consulta y cooperación con ellos.

El daño comprende, entre otras cosas, la muerte o las lesiones corporales, la pérdida de un bien, o un daño causado a un bien, incluido cualquier bien que forme parte del patrimonio cultural y una pérdida o un daño resultante del deterioro producido en el medio ambiente. Y por “actividad peligrosa” se entiende “una actividad que entrañe riesgo de causar daños sensibles por sus consecuencias físicas” (principio 2).

15.11. Responsabilidad de las organizaciones internacionales

a) El proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales (2011)³¹ sienta el mismo principio general que rige la responsabilidad del Estado: “Todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional” (art. 3). Hay hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cuando una acción u omisión es atribuible a una organización internacional según el Derecho Internacional y constituye una violación de una obligación internacional de esa organización.

El comportamiento de un órgano o de un agente de una organización internacional en el ejercicio de sus funciones se considera hecho de esa organización según el Derecho Internacional, cualquiera sea la posición del órgano o el agente dentro de la

³⁰CIJ, sentencia del 20 de abril de 2010, párr. 204.

³¹Mediante resolución 75/143, de 15 de diciembre de 2020, la Asamblea General tomó nota una vez más de los artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, señalándolos a la atención de los Gobiernos y las organizaciones internacionales, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de la adopción de otro tipo de medida. Solicitó además al Secretario General que actualice la compilación de las decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales que hacen referencia a los artículos e invite a los Gobiernos y a las organizaciones internacionales a presentar información sobre su práctica a ese respecto.

organización, cuyas reglas se aplicarán para determinar las funciones de sus órganos y agentes (art. 6).

En su opinión consultiva sobre *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, la CIJ entiende la palabra “agente” en el sentido más amplio, es decir, cualquier persona, sea un funcionario remunerado o no, y esté empleada en forma permanente o no, a la que un órgano de la organización ha encomendado que ejerza, o ayude a ejercer, una de sus funciones; en resumen, cualquier persona a través de la cual la organización actúe³². Un relator especial, por ejemplo, es un agente en el sentido definido por la Corte.

La CDI comenta que cuando se pone a disposición de una organización internacional un órgano de un Estado, ese órgano puede quedar plenamente adscrito a la organización de que se trate. En tal caso el comportamiento del órgano sería claramente atribuible solo a la organización receptora. La misma consecuencia se aplicaría en caso de adscripción plena de un órgano o un agente de una organización internacional a otra organización internacional (art. 6). El artículo 7 contempla una situación diferente, en la que el órgano o agente adscrito sigue actuando en cierta medida como un órgano del Estado que lo adscribe o como órgano o agente de la organización que lo adscribe. Así ocurre, por ejemplo, con los contingentes militares que un Estado pone a disposición de las Naciones Unidas para una operación de mantenimiento de la paz, puesto que retiene los poderes disciplinarios y la jurisdicción criminal sobre los miembros del contingente nacional³³.

Según el modelo de acuerdo de contribución relativo a contingentes militares puestos a disposición de las Naciones Unidas por uno de sus Estados miembros, las Naciones Unidas asumen responsabilidad frente a terceros, pero tienen el derecho a repetir del Estado contribuyente cuando han mediado circunstancias tales como pérdida, daño, muerte o lesiones que surjan de grave negligencia o inconducta deliberada del personal provisto por los Gobiernos (art. 9).

“Cuando un órgano o agente es puesto a disposición de una organización internacional, la cuestión decisiva en relación con la atribución de un comportamiento dado parece ser quién ha tenido el efectivo control sobre el comportamiento en cuestión”³⁴. Según el informe de la Comisión establecida para investigar los ataques armados al personal de UNOSOM II, varios contingentes nacionales persistieron en seguir órdenes de sus propias autoridades antes que ejecutar las órdenes del Comando

³²CIJ, *Reports*, 1949, p. 177.

³³Párrafo 1 del comentario al artículo 7 del proyecto.

³⁴CDI, párrafo 8 del comentario al artículo 7.

de la Fuerza y muchas operaciones emprendidas bajo la bandera de las Naciones Unidas y en el contexto del mandato de UNOSOM estuvieron totalmente fuera del comando y control de las Naciones Unidas, aun cuando las repercusiones impactaron crucialmente en la misión de UNOSOM y en la seguridad de su personal³⁵.

Gutiérrez Espada (2013) apunta que el criterio de control efectivo recogido por la Comisión no parece haber sido tenido en cuenta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Behrami y Saramati* (2007), en el que imputó a la ONU tanto los hechos de las fuerzas destacadas en Kosovo y puestas a su disposición (UNMIK) como los de las fuerzas autorizadas por la Organización (p. 226). Como factor decisivo para decidir en tal sentido, con respecto a la KFOR (es decir, las fuerzas autorizadas), el Tribunal entendió que “el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas había conservado la autoridad y el control en última instancia y solo se había delegado el mando operacional”³⁶.

Por otro lado, basándose en que la responsabilidad de la zona segura de Srebrenica estaba a cargo de cascos azules holandeses, como parte de la Fuerza de Protección de las Naciones Unidas (UNPROFOR) que el Consejo de Seguridad estableció en 1992, un grupo de familiares de las víctimas, las Madres de Srebrenica, demandó al país al que pertenecía el contingente. La sentencia decidió que la suerte de las víctimas no era imputable a dicho país sino a la ONU y que en Derecho Internacional las organizaciones internacionales gozan de inmunidad de jurisdicción. El 30 de septiembre de 2010 un tribunal de apelación confirmó la sentencia, considerando que la inmunidad de jurisdicción de las Naciones Unidas está por encima del interés de los familiares de las víctimas de aquel genocidio.

b) El comportamiento de un órgano o un agente de una organización internacional se considera “un hecho de esa organización si tal órgano o agente actúa a título oficial en el marco de las funciones generales de la organización, aunque ese comportamiento exceda de la competencia del órgano o agente o contravenga sus instrucciones” (art. 8). Ahí aparece el comportamiento *ultra vires*.

c) Un comportamiento que no sea atribuible a una organización internacional en virtud de los artículos 6 a 8 se considerará, de todos modos, hecho de esa organización si esta reconoce y adopta ese comportamiento como propio y en la medida en que lo

³⁵Informe de la Comisión de Investigación creada en virtud de la resolución 885 (1993) del Consejo de Seguridad. UNOSOM II fue establecida en 1993 con el mandato de crear en Somalia un entorno seguro para la asistencia humanitaria y completar el trabajo iniciado por la Fuerza de Tareas Unificada. El 5 de junio de 1993 la UNOSOM II sufrió un ataque armado en el que murieron 25 soldados paquistaníes.

³⁶Decisión de la Gran Sala, de 2 de mayo de 2007, párr. 133.

haga (art. 9).

d) Las reglas sobre violación de una obligación internacional son similares a las del proyecto sobre responsabilidad del Estado, porque “expresan principios de carácter general que parecen ser aplicables a la violación de una obligación internacional por parte de cualquier sujeto de derecho internacional”³⁷. Dice el artículo 10.1 que hay violación de una obligación internacional por una organización internacional cuando un hecho de esa organización no está en conformidad con lo que de ella exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de la obligación en cuestión. Esto incluye la violación de toda obligación internacional de una organización con respecto a sus miembros que pueda resultar de las reglas de la propia organización (art. 10.2).

e) Los artículos 14 a 16 contemplan supuestos análogos a los previstos en los artículos 16 a 18 del proyecto sobre responsabilidad del Estado: a) ayuda o asistencia a un Estado o a otra organización internacional en la comisión de un hecho ilícito; b) dirección y control ejercidos en la comisión del hecho internacionalmente ilícito³⁸; c) coacción sobre un Estado u otra organización internacional para la comisión de un hecho ilícito.

f) Las circunstancias que excluyen la ilicitud son las mismas que ya hemos analizado en este capítulo. En lo que concierne a la legítima defensa, hay que señalar que comprende no solamente los casos en que las fuerzas de paz son atacadas. Abarca también la “defensa de la misión”, es decir, podría incluir, por ejemplo, la defensa de áreas seguras y de la población civil en dichas áreas.

g) La responsabilidad de un Estado en relación con el comportamiento de una organización internacional está contemplada en los artículos 58 a 62. El Estado que presta ayuda o asistencia a una organización internacional en la comisión por esta última de un hecho internacionalmente ilícito será responsable por prestar esa ayuda o asistencia si lo hace conociendo las circunstancias del hecho, y tal hecho sería ilícito si fuese cometido por ese Estado (art. 58.1). El artículo 58.2 prevé que un hecho de un Estado miembro de una organización internacional realizado de conformidad con las reglas de la organización no genera por sí solo la responsabilidad internacional

³⁷CDI, párrafo 3 del comentario sobre el capítulo III.

³⁸En el párrafo 3 de su comentario al artículo 15, la Comisión señala que en las objeciones preliminares del Gobierno de Francia ante la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la *Licitud del uso de la fuerza (Yugoslavia c. Francia)* puede encontrarse un ejemplo de dos organizaciones internacionales que supuestamente ejercen la dirección y el control en la comisión de un hecho ilícito, cuando dicho Gobierno sostiene que: “La ‘dirección’ de la KFOR incumbe a la OTAN, su ‘control’ a las Naciones Unidas”.

de ese Estado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58.1.

Un Estado miembro de una organización internacional es responsable, con carácter subsidiario, de un hecho ilícito de esa organización si ha aceptado la responsabilidad por ese hecho para con la parte lesionada o ha inducido a esta a confiar en su responsabilidad (art. 62). A su vez, de la aclaración final que hace el artículo 63 surge que los artículos precedentes se entienden sin perjuicio de la responsabilidad internacional de la organización internacional que cometa el hecho en cuestión o de cualquier otro Estado u organización internacional.

Regresar al Sumario

16. Las organizaciones internacionales

16.1. Concepto

Las organizaciones internacionales poseen subjetividad internacional y su origen se remonta al siglo XIX, cuando surgieron las primeras, como ya hemos visto. Hablamos de las Comisiones fluviales, como la Comisión central para la navegación del Rin, creada en virtud del Reglamento para la libre navegación de los ríos, adoptado en el Congreso de Viena de 1815, o la Comisión del Danubio, establecida en 1856.

En 1865 fue creada la Unión Telegráfica Internacional (Unión Internacional de Telecomunicaciones desde 1932) y en 1874 la Unión Postal Universal (UPU). Luego surgieron la Unión para la Protección de la Propiedad Industrial y la Unión para la Protección de la Propiedad Literaria y Artística, entre otras organizaciones. El fenómeno continuó en las primeras décadas del siglo XX y alcanzó mayor desarrollo a partir de 1945.

Según el proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales, por “organización internacional” se entiende “una organización instituida por un tratado u otro instrumento regido por el derecho internacional y dotada de personalidad jurídica internacional propia” (art. 2.a).

Queda claro entonces que no siempre una organización internacional se instituye mediante tratado. La Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) fue creada por resolución de una conferencia internacional y la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, luego devenida en Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), por un acuerdo político, la Carta de París para la Nueva Europa (1990).

Las decisiones adoptadas por los órganos de una organización internacional no son decisiones de los Estados miembros sino que expresan una voluntad jurídicamente distinta de la de estos (Pastor Ridruejo, 2013, p. 666). Además, las organizaciones internacionales tienen competencias de atribución, que son las que el tratado constitutivo les asigna de manera expresa o implícita y se confieren para hacer posible la satisfacción de intereses comunes a los Estados miembros mediante la cooperación internacional institucionalizada.

16.2. Clases

Las organizaciones internacionales son de distinto tipo. Las hay de carácter universal, abiertas a la admisión de todos los Estados, como las Naciones Unidas, y organizaciones abiertas a la admisión de determinados Estados, tales como las organizaciones regionales, las subregionales y aquellas en las que la participación como miembro no está relacionada con un criterio geográfico sino que depende de intereses o afinidades de otro orden, como intereses estratégicos y de seguridad (Organización del Tratado del Atlántico Norte), intereses económicos y financieros (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), entre otros.

Existen organizaciones con fines generales y otras con fines específicos. Basta leer la Carta de las Naciones Unidas para advertir que la ONU ha sido creada para actuar en los más diversos campos. En cambio, el tratado constitutivo de otras organizaciones solo les atribuye competencias para desenvolverse en una esfera determinada de actividades. A esta clase pertenecen, por ejemplo, los organismos especializados de las Naciones Unidas.

Hay además organizaciones de cooperación y organizaciones de integración. En ambas clases, la cooperación es fundamental, pero las de cooperación están dotadas de órganos de composición intergubernamental que carecen del poder normativo que tienen los órganos supraestatales existentes en las segundas. La Unión Europea es una organización de integración.

16.3. Miembros

El proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales señala que “además de los Estados, las organizaciones internacionales pueden contar entre sus miembros con otras entidades” (art. 2.a).

Como regla general, la condición de miembro de las organizaciones internacionales es reconocida, en los tratados constitutivos, a los Estados que reúnan ciertos requisitos. Por excepción, se permite adquirir el status de miembro a organizaciones internacionales y otros sujetos no estatales. Así, la Unión Europea es miembro de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) permite la admisión en calidad de miembro de toda organización regional de integración económica constituida por Estados soberanos que sean miembros, en su mayoría, de la propia FAO y a la que sus Estados miembros hayan transferido competencias sobre diversas materias, incluida la facultad de adoptar decisiones vinculantes para

sus Estados miembros con respecto a esas materias¹.

El tratado constitutivo de la Organización Meteorológica Mundial (OMM) permite la admisión como miembros de territorios no autónomos o grupos de territorios no autónomos si cuentan con servicio meteorológico propio y el Estado responsable o los Estados responsables de las relaciones internacionales del respectivo territorio o grupo aplican en su nombre el tratado fundacional (art. 3).

La Constitución de la FAO autoriza a la Conferencia de la Organización a decidir la admisión, en calidad de miembro asociado, de todo territorio o grupo de territorios que no tenga a su cargo la dirección de sus propias relaciones internacionales, siempre que la solicitud de admisión sea hecha, a nombre del territorio o grupo, por el Estado miembro de la FAO o autoridad que tenga a su cargo la dirección de las relaciones internacionales del territorio o grupo de territorios de que se trate, y a condición de que se presente un instrumento oficial aceptando, en nombre del miembro asociado propuesto, las obligaciones derivadas de la Constitución vigente (art. II.11).

16.4. Órganos

En las organizaciones internacionales existen, en general, tres órganos principales: un órgano plenario con competencia general, otro restringido que hace al gobierno de la organización y uno burocrático que tiene a su cargo la administración. La estructura orgánica suele completarse con otros órganos principales y los subsidiarios creados por los principales.

Estos órganos pueden ser intergubernamentales, no gubernamentales o mixtos. Los intergubernamentales están compuestos por representantes de los gobiernos de los Estados miembros, que siguen las instrucciones dadas por el respectivo gobierno, y pueden ser plenarios o restringidos. Los plenarios están constituidos por representantes de los gobiernos de todos los Estados miembros, como la Asamblea General de las Naciones Unidas, mientras que de los restringidos solo forman parte representantes de los gobiernos de algunos Estados miembros: el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas responde a esa caracterización. Toda organización tiene al menos un órgano de composición plenaria, así como uno o varios órganos restringidos.

Los órganos no gubernamentales están integrados por personas que desempeñan sus funciones a título individual. El Secretario General de las Naciones Unidas es un

¹Artículo II, párrafos 3 y 4, de la Constitución de la FAO. El párrafo 8 de dicho artículo establece que “una Organización Miembro ejercerá sus derechos de forma alternativa con sus Estados miembros que sean Estados Miembros de la Organización, en los sectores de sus respectivas competencias, y de conformidad con las normas establecidas por la Conferencia”.

funcionario internacional que solo responde ante la Organización.

También son órganos no gubernamentales los órganos judiciales, como la Corte Internacional de Justicia. La función que ejercen los jueces internacionales exige su independencia.

Los órganos parlamentarios, integrados por representantes de los pueblos de los Estados miembros, son no gubernamentales, ya se trate de órganos cuyos integrantes provienen de las asambleas y cámaras legislativas nacionales, como la Asamblea del Consejo de Europa, o han sido elegidos por voto directo, como los del Parlamento Europeo. La Comisión de la Unión Europea es otro órgano colegiado cuyos miembros son independientes.

Por último, existen órganos de composición mixta en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ya que tanto la Conferencia General como el Consejo de Administración están integrados por delegaciones tripartitas que se conforman con representantes de los gobiernos de los Estados miembros y con representantes de la parte patronal y de los trabajadores.

16.5. Adopción de decisiones

La regla de la unanimidad, prevista en el Pacto de la Sociedad de Naciones (art. 5), hoy solo se aplica en pocas organizaciones internacionales; entre ellas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la OTAN y la OPEP. La unanimidad es la máxima expresión del principio de igualdad soberana y presenta la ventaja de asegurar que ningún Estado quedará vinculado por una decisión que no haya consentido, lo que favorece su cumplimiento. Sin embargo, “supone en último análisis el derecho de veto de cualquier Estado miembro” y esto puede bloquear fácilmente el proceso de adopción de decisiones e interferir de manera negativa en el cumplimiento de las funciones de la organización (Pastor Ridruejo, 2013, p. 684).

El procedimiento de adopción de decisiones más utilizado es la votación, según lo dispuesto en el respectivo tratado constitutivo, y la mayoría requerida varía de acuerdo con la importancia de la cuestión.

El voto es igualitario o no igualitario. Cada miembro de la Asamblea General tiene un voto (art. 18.1 de la Carta); en cambio, hay supuestos en que el voto de los miembros no tiene el mismo valor en atención a diversos factores. Encontramos así el voto ponderado y el veto.

El voto ponderado está consagrado en el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional (FMI)², así como en los tratados instituyentes de otras organizaciones internacionales; entre ellas el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA).

El veto es el voto negativo de cualquiera de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que impide la adopción de una decisión cuando la cuestión no sea de procedimiento.

El consenso supone la adopción de una decisión sin que se proceda a votar. Lo característico del consenso es que la propuesta de resolución hecha por el presidente del órgano es el resultado de una serie de consultas y negociaciones entre las delegaciones interesadas, existiendo entonces un compromiso al respecto; de modo que cuando el presidente la somete al órgano ya sabe que no habrá objeciones de entidad suficiente para impedir la adopción de la decisión, aunque puede haber objeciones menores.

El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (1994) contempla que esta mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 y que, “salvo disposición en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión objeto de examen se decidirá por votación” (art. IX). Y si bien no está previsto en el respectivo tratado constitutivo, el consenso se practica tanto en las Naciones Unidas como en otras organizaciones internacionales.

También se utiliza el método de adopción sin voto, porque nada impide que los órganos que deben adoptar sus decisiones por votación, según las reglas aplicables, lo hagan sin voto, en un procedimiento que se parece al consenso, pues el presidente propone la decisión y se adopta al comprobarse que no hay objeciones. La diferencia con el consenso radica en que no hay negociaciones previas.

16.6. Otras cuestiones relativas a las organizaciones internacionales

a) Según el artículo 104 de la Carta de las Naciones Unidas, “la Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus miembros, de la capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y la realización de sus propósitos”,

²Según la sección 5, apartado a), del artículo XII del Convenio Constitutivo del FMI, “el total de votos de cada país miembro será equivalente a la suma de sus votos básicos y los votos que le correspondan según su cuota”. Este es el sistema general de votación, pero están previstos ajustes en casos específicos.

en tanto que el artículo 105.1 establece que la Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus miembros, de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para la realización de sus propósitos. Los representantes de los miembros de la Organización y los funcionarios de esta gozarán de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización (art. 105.2).

b) Por lo general, el tratado constitutivo de una organización internacional guarda silencio con respecto a su duración; de modo que ese tipo de tratados se presume concluido por tiempo indeterminado. Sin embargo, la doctrina menciona un caso en que la excepción confirma la regla. Es el del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que terminó en julio de 2002 de acuerdo con lo previsto en su texto.

c) En materia de sucesión de organizaciones internacionales, han surgido en la práctica soluciones diversas. La Sociedad de Naciones se extinguió el 19 de abril de 1946, después que su Asamblea así lo decidiera el 8 de abril del mismo año por el voto unánime de los 34 miembros presentes (De la Torre, 1977, p. 144). La sucesión de la Sociedad por las Naciones Unidas fue el resultado de una concurrencia de actos, pues, por un lado, se dio nacimiento a la nueva organización y, por otro, se puso fin a la existencia de la creada por el Tratado de Versalles.

Distinto es el caso cuando se crea una organización para sustituir a otra, que se extingue al nacer la nueva. El artículo 1 del Tratado de la Unión Europea nos permite ver una relación sucesoria que se configura de esa manera: “La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea”.

16.7. Las Naciones Unidas: antecedentes

El 12 de junio de 1941, representantes de un grupo de países reunidos en el Palacio de Saint James, firmaron la Declaración de Londres diciendo, *inter alia*, que “la única base cierta de una paz duradera radica en la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres que, en un mundo sin la amenaza de la agresión, puedan disfrutar de seguridad económica y social”. Países como Gran Bretaña, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, entre otros, suscribieron la Declaración, pero no Estados Unidos y la Unión Soviética.

Poco tiempo después, el 14 de agosto de 1941, el presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt, y el primer ministro británico, Winston Churchill, firmaron la Carta del Atlántico, cuyo texto expresa que “todas las naciones del mundo, material

y espiritualmente, deberán renunciar al uso de la fuerza”. Los Estados firmantes se comprometieron a alentar cualquier otra medida práctica para aliviar a los pueblos que aman la paz del peso de los armamentos.

El 1 de enero de 1942 se utilizó por primera vez el término “Naciones Unidas” en una declaración suscrita en Washington por los Estados Unidos, el Reino Unido, la Unión Soviética y China. Al día siguiente se sumaron otros países, totalizando veintiséis los firmantes originales de la Declaración de las Naciones Unidas. Después se adhirieron al documento más países; entre ellos algunos latinoamericanos, como México, Colombia, Brasil, Bolivia, Paraguay, Uruguay, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela. De esta manera, los firmantes reafirmaron los propósitos y principios enunciados en la Carta del Atlántico.

Sin embargo, la idea de crear una nueva organización internacional aparece recién en la Declaración de Moscú, del 30 de octubre de 1943, en la cual los Estados Unidos, el Reino Unido, la Unión Soviética y China reconocieron la necesidad de establecer, en el menor plazo posible, una organización internacional basada en el principio de la igualdad soberana y a la que pudieran asociarse todos los Estados amantes de la paz, grandes y pequeños, para mantener la paz y la seguridad internacionales. El 1 de diciembre del mismo año, en Teherán, Roosevelt, Stalin y Churchill proclamaron, en una nueva declaración conjunta, que el establecimiento de una paz que pueda granjearse la buena voluntad de la abrumadora mayoría de los pueblos del mundo y que acabe con el flagelo de la guerra por muchas generaciones venideras “es la suprema responsabilidad nuestra y de las Naciones Unidas”.

En Dumbarton Oaks (Washington) se reunieron representantes de los Estados Unidos, la Unión Soviética y el Reino Unido entre el 21 de agosto y el 28 de septiembre de 1944, y representantes de los dos primeros países y de China del 29 de septiembre al 7 de octubre del mismo año, para considerar propuestas tentativas sobre la organización que se venía gestando, pero recién en la Conferencia de Yalta, entre el 3 y el 11 de febrero de 1945, se pusieron de acuerdo en cuanto a la regla de la unanimidad de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para la adopción de decisiones sobre cuestiones de fondo. También en Yalta se resolvió convocar la Conferencia de las Naciones Unidas, a celebrarse en San Francisco.

La Conferencia de San Francisco tuvo lugar entre el 25 de abril y el 26 de junio de 1945. Las cuatro grandes potencias invitaron a los Estados que habían apoyado a los aliados en la Segunda Guerra Mundial. El punto de partida de las negociaciones fue lo acordado en Dumbarton Oaks y en Yalta. Por 20 votos contra 10, con 15 abstenciones y 5 delegaciones ausentes, la conferencia mantuvo la fórmula de Yalta

relativa al veto (Meisler, 2011, p. 19).

El 25 de junio la Carta de las Naciones Unidas fue adoptada por unanimidad, firmándola al día siguiente todos los participantes. El 24 de octubre de 1945 entró en vigor, junto con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

16.8. Propósitos

El primero de los artículos de la Carta señala los propósitos de las Naciones Unidas, que pueden resumirse como sigue: 1) mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz y suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz, y lograr por medios pacíficos el arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir al quebrantamiento de la paz; 2) fomentar relaciones amistosas basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3) realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de diverso carácter (económico, social, cultural o humanitario) y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, sin hacer distinción alguna; 4) servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar tales propósitos comunes.

Estos propósitos se hallan entrelazados con los párrafos del preámbulo que reafirman la fe en los derechos humanos, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, y dejan constancia de la decisión de “crear las condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”, de promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, así como de practicar la tolerancia y convivir en paz.

16.9. Principios

Luego la Carta recoge los principios que han de guiar a la Organización y a sus miembros en la realización de los propósitos consignados: 1) igualdad soberana de todos los miembros; 2) cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas de conformidad con la Carta; 3) arreglo de las controversias internacionales por medios pacíficos; 4) abstención 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

forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas; 5) cooperación; 6) no intervención en los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados.

A todos estos principios se refieren los distintos párrafos del artículo 2. El párrafo 7 aclara que el principio de no intervención no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescriptas en el Capítulo VII.

La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional desarrolla el contenido de los principios esbozados en la Carta, como hemos visto en capítulos anteriores.

Los miembros de la Organización prestarán a esta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con la Carta y se abstendrán de dar ayuda a todo Estado contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva (art. 2.5). La Declaración de Principios proclama que los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en esas diferencias. Además, deben cooperar para promover los derechos humanos y su efectividad, y para eliminar todas las formas de discriminación racial y de intolerancia religiosa. Otra forma de cooperar es que los Estados conduzcan sus relaciones internacionales en las esferas económica, social, cultural, técnica y comercial de conformidad con los principios de igualdad soberana y de no intervención, como también subraya la Declaración.

Todo Estado no solo tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta sino también las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de Derecho Internacional generalmente reconocidos, agrega la Declaración.

La Organización hará que los Estados que no son miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con los principios señalados en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales (art. 2.6). Las disposiciones de un tratado como la Carta expresan el Derecho consuetudinario y por ello mismo obligarían no solo a los miembros de la Organización sino también a la comunidad internacional (Cot y Pellet, 1991, p. 13).

16.10. Miembros de la Organización

Con arreglo al artículo 3 de la Carta, son miembros originarios los Estados que habiendo participado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional celebrada en San Francisco, o que habiendo firmado previamente la Declaración de las Naciones Unidas de 1° de enero de 1942, suscriban la Carta y la ratifiquen de conformidad con el artículo 110. Como Polonia no pudo participar en la Conferencia porque en el momento de su celebración tenía dos Gobiernos, se decidió incluir la mención a la Declaración de las Naciones Unidas, que Polonia sí había firmado, para salvar su carácter de miembro originario (Pastor Ridruejo, 2013, p. 708). Los miembros originarios llegaron a 51, contándose entre ellos la Argentina.

Podrán ser miembros de la Organización todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en la Carta y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo. Estos son los requisitos establecidos en la Carta para la admisión de miembros (art. 4).

Según la resolución 506 (V) de la Asamblea General, el juicio de la Organización sobre la capacidad y la disposición exigibles a un Estado que pretende ingresar debe basarse sobre hechos tales como el mantenimiento de relaciones amistosas con los otros Estados, el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y el sometimiento de sus controversias internacionales a medios pacíficos.

El artículo 4.2 dice que “la admisión de Estados como miembros de las Naciones Unidas se efectuará por decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad”. A propósito de ello, la representación argentina sentó posición señalando que la admisión de nuevos miembros a la Organización es un acto corporativo al ser necesaria la participación en él de la Asamblea General y el Consejo de Seguridad; que las palabras “recomendación” y “decisión”, usadas para el Consejo y la Asamblea respectivamente, indican que es la Asamblea General el órgano que tiene la última palabra en materia de admisión y que la “recomendación” puede ser en sentido favorable o en sentido desfavorable. Sobre esta última cuestión, y encontrándose bloqueadas en el Consejo de Seguridad las solicitudes de admisión de catorce Estados, la Argentina pidió, en el cuarto período de sesiones ordinarias de la Asamblea General, se requiriese una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia (Ferrer Vieyra, 1995, p. 560).

Basándose en el sentido natural del texto, la Corte consideró que la recomendación del Consejo debía ser favorable, lo cual equivalía a reconocer el derecho de veto de sus miembros permanentes sobre una resolución que recomendara la admisión. Además,

la Corte, ante una consulta de la Asamblea General acerca de si un Estado miembro al emitir su voto de admisión de un solicitante podía supeditar su consentimiento a condiciones no previstas en el artículo 4.1 de la Carta, entendió que las condiciones allí previstas debían ser consideradas necesarias y a la vez suficientes, aunque es posible tener en cuenta cualquier otro factor que pueda ser conectado razonablemente y de buena fe a tales condiciones.

La suspensión del ejercicio de los derechos y privilegios inherentes a la calidad de miembro puede ser decidida por la Asamblea General, a recomendación del Consejo de Seguridad, respecto de todo miembro que haya sido objeto de acción preventiva o coercitiva por parte del Consejo, pudiendo ser restituido el ejercicio de tales derechos y privilegios por el mismo órgano (art. 5). Todo miembro de las Naciones Unidas que haya violado repetidamente los principios de la Carta podrá ser expulsado de la Organización por la Asamblea General, a recomendación del Consejo de Seguridad (art. 6).

La Carta no contiene ninguna referencia al derecho de retirada de la Organización, pero una declaración en la Conferencia de San Francisco justificaba su ejercicio en caso de modificación de los derechos y obligaciones de los miembros por una enmienda de la Carta adoptada sin consentimiento del Estado en cuestión, o en razón de las dificultades para alcanzar los propósitos de la Organización debido a la falta de colaboración de los reacios a permanecer en ella. Indonesia se retiró de las Naciones Unidas en enero de 1965 y volvió en septiembre de 1966, interpretando la Asamblea General que se había operado una “suspensión temporal”.

Actualmente, 193 Estados son miembros de las Naciones Unidas. El último Estado que ingresó es Sudán del Sur, admitido como miembro en 2011.

16.11. Órganos de las Naciones Unidas

El artículo 7.1 de la Carta establece como órganos principales de las Naciones Unidas la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría.

Una vez cumplido el cometido para el que fue creado en el marco del régimen de administración fiduciaria que instituyó el capítulo XII de la Carta, el Consejo de Administración Fiduciaria ha quedado sin funciones por desempeñar³.

³El último territorio sometido a ese régimen, Palau, alcanzó su independencia el 1° de octubre de 1994. Por eso, el párrafo 176 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 señala que,

Todos los órganos principales, salvo la Corte Internacional de Justicia, funcionan en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

El artículo 7.2 permite establecer, de acuerdo con las disposiciones de la Carta, los órganos subsidiarios que se estimen necesarios, mientras que el artículo 8 dispone que “la Organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios”.

16.12. Asamblea General

El único órgano plenario y verdaderamente democrático de la ONU es la Asamblea General, porque está integrado por todos los miembros de la Organización. Ningún miembro puede tener más de cinco representantes en dicho órgano (art. 9).

Luard (1994) opina que si la sociedad internacional se comparase con un Estado nacional, la Asamblea General “podría, con alguna licencia poética, ser considerada para representar el parlamento en el cual los asuntos del mundo son debatidos y discutidos por representantes de cada región”. Afirma también que “la comparación no es completamente exagerada” porque “la Asamblea es un lugar de encuentro donde los representantes de diferentes regiones se reúnen para discutir problemas comunes, como los parlamentos dentro de los Estados”. Sin embargo, “la Asamblea no es, no todavía al menos, un parlamento mundial en algún sentido real”, porque “puede discutir o recomendar, pero raramente decidir” (p. 38).

Adicionalmente, hay que tener presente que la Asamblea General no es representativa de los pueblos “de la forma en que un parlamento elegido se supone que es hoy”. “Es representativa de gobiernos, y éstos pueden o no representar precisamente los puntos de vista de sus propias poblaciones” (Luard, 1994, p. 38).

La Asamblea tiene una competencia general que deriva del artículo 10: puede discutir cualquier asunto o cuestión dentro de los límites de la Carta o que se refiera a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por dicho instrumento y, salvo lo dispuesto en el artículo 12, puede hacer recomendaciones sobre esos asuntos o cuestiones a los miembros de las Naciones Unidas o al Consejo de Seguridad o a este y a aquellos. Ahora bien, mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a una controversia o situación, “la

teniendo en cuenta que “el Consejo de Administración Fiduciaria ya no se reúne y que no le quedan funciones por desempeñar”, debería suprimirse el Capítulo XIII de la Carta y las referencias que se hacen al Consejo en el Capítulo XII.

Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad” (art. 12.1)⁴.

Tiene también competencias específicas, señaladas en los artículos 11 a 17, y en otras disposiciones de la Carta.

A la Asamblea General le compete considerar los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los principios relativos al desarme y la regulación de armamentos, y hacer recomendaciones al respecto a los miembros o al Consejo de Seguridad o a este y a aquellos; discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier miembro de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad, o un Estado no miembro que acepte de antemano las obligaciones de arreglo pacífico de controversias establecidas en la Carta y, salvo lo dispuesto en el artículo 12, hacer recomendaciones al respecto al Estado o Estados interesados o al Consejo o a este y a aquellos. Si la cuestión requiere acción, será referida al Consejo de Seguridad antes o después de discutirla. Además, la Asamblea General puede llamar la atención del Consejo hacia situaciones susceptibles de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales (art. 11).

También es de competencia de la Asamblea General promover estudios y hacer recomendaciones para fomentar la cooperación internacional en el campo político y en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario; promover estudios y hacer recomendaciones para impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación (contando en este cometido con la valiosa ayuda de la Comisión de Derecho Internacional); ayudar a hacer efectivos los derechos humanos; recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualquier situación, sea cual fuere su origen, que pudiera perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas; recibir y considerar informes anuales y especiales del Consejo de Seguridad, así como informes de los demás órganos de las Naciones Unidas; examinar y aprobar el presupuesto de la Organización y fijar las cuotas de los miembros (arts. 13 a 17). Veremos otras funciones de la Asamblea General al examinar las normas relativas a otros órganos y las disposiciones del Capítulo VI en materia de arreglo pacífico de controversias.

Cada miembro del órgano tiene un voto y las decisiones en cuestiones importantes

⁴Por eso, el Secretario General informará a la Asamblea General, en cada período de sesiones, sobre todo asunto relativo al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que estuviere considerando el Consejo de Seguridad, e informará asimismo tan pronto como el Consejo de Seguridad cese de tratar dichos asuntos (art. 12.2).

se toman por el voto de una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes. Tales cuestiones son: las recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; la elección de los miembros no permanentes del Consejo de Seguridad; la elección de los miembros del Consejo Económico y Social; la admisión de nuevos miembros a las Naciones Unidas, así como la suspensión y expulsión de miembros, y los asuntos presupuestarios (art. 18).

Esta enumeración no es taxativa, como se desprende del tercer párrafo del artículo 18: “Las decisiones sobre otras cuestiones, incluso la determinación de categorías adicionales de cuestiones que deban resolverse por mayoría de dos tercios, se tomarán por mayoría de los miembros presentes y votantes”.

El cuerpo se reúne anualmente en sesiones ordinarias, y cuando las circunstancias lo exijan el Secretario General convocará a sesiones extraordinarias a solicitud del Consejo de Seguridad o de la mayoría de los miembros de la Organización⁵. Elegirá su presidente para cada período de sesiones y podrá establecer los órganos subsidiarios que estime necesarios para desempeñar sus funciones (arts. 20 a 22). Además, ha dictado su propio Reglamento, como manda la Carta.

Cada período ordinario de sesiones de la Asamblea General comienza la tercera semana de septiembre con un debate general en sesión plenaria, con la presencia de ministros de relaciones exteriores y de jefes de Estado o primeros ministros. Algunas cuestiones son examinadas directamente en sesiones plenarias, pero la mayoría son previamente tratadas en una de las Comisiones Principales⁶.

Entre los órganos subsidiarios de la Asamblea, figuran algunos que ya hemos mencionado en capítulos anteriores como la Comisión de Derecho Internacional y el Comité de Descolonización, junto con otros como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

16.13. Consejo de Seguridad

Quince miembros de las Naciones Unidas componen el Consejo de Seguridad y cinco de ellos tienen asiento permanente: China, Francia, Rusia, el Reino Unido de

⁵El Reglamento de la Asamblea General prevé que también un miembro de la Organización puede solicitar la convocatoria a sesiones extraordinarias y, si la mayoría de los miembros está de acuerdo, el Secretario General hace la convocatoria.

⁶Tales Comisiones son: Primera Comisión (Comisión de Desarme y Seguridad Internacional), Segunda Comisión (Comisión de Asuntos Económicos y Financieros), Tercera Comisión (Comisión de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales), Cuarta Comisión (Comisión de Política Especial y de Descolonización), Quinta Comisión (Comisión de Asuntos Administrativos y de Presupuesto), Sexta Comisión (Comisión Jurídica).

la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América. Los otros diez miembros, no permanentes, son elegidos por la Asamblea General. Para elegirlos, se prestará especial atención a su contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y a los demás propósitos de la Organización, como también a una distribución geográfica equitativa⁷, según los criterios establecidos (art. 23.1). Los miembros no permanentes se eligen por un período de dos años, y los miembros salientes no serán reelegibles para el período subsiguiente (art. 23.2). Cada miembro del Consejo tendrá un representante (art. 23.3).

Recurriendo a la figura del mandato, el artículo 24.1 expresa que a fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que dicho Consejo actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad. El artículo 24.2 deja en claro que en el desempeño de esas funciones ha de procederse de acuerdo con los propósitos y principios de las Naciones Unidas, mientras que el artículo 25 plasma el compromiso de los miembros de la Organización de aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de acuerdo con la Carta.

La composición del Consejo de Seguridad es, sin duda, una de las cuestiones más controvertidas. Se impone la reforma del cuerpo, pero el mayor obstáculo para eso reside en que las reformas al tratado fundacional entrarán en vigor para todos los miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (art. 108).

Cada miembro del Consejo tendrá un voto (art. 27.1) y la mayoría requerida para tomar una decisión varía según se trate de cuestiones de procedimiento o de fondo. Las decisiones sobre las primeras serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros (art. 27.2); en cambio, las decisiones “sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes” (art. 27.3). En las decisiones tomadas en materia de arreglo pacífico de controversias⁸, “la parte en una controversia se abstendrá de

⁷Sobre este punto, existe consenso con respecto a que deben estar representadas las grandes regiones del mundo en la siguiente proporción: dos países de América Latina, dos de Asia, dos de Europa Occidental y otros países (como Australia y Nueva Zelanda, por ejemplo), tres de África y uno de Europa Oriental.

⁸El artículo 27.3 remite en este punto al Capítulo VI y al párrafo 3 del artículo 52.

votar” (art. 27.3).

En la norma relativa a la votación sobre “las demás cuestiones”, es decir, las cuestiones no procedimentales, aparece el derecho de veto, que es la prerrogativa que tienen los miembros permanentes del Consejo para evitar, mediante un voto negativo, que se adopte una decisión contraria a sus intereses. De este modo, se reservan la última palabra en tales cuestiones, lo que les permite además quedar a salvo, o poner a salvo a sus aliados, de cualquier acción coercitiva que en su contra pudiera tomarse en el seno del cuerpo. En definitiva, un privilegio que transforma al Consejo en un órgano antidemocrático.

Jiménez de Aréchaga (1958) comenta que el veto se funda en “la firme exigencia de los grandes Estados de disponer de un instrumento legal que les permita defenderse unos de otros y protegerse todos y cada uno contra la mayoría del Consejo”, impidiendo que se pueda ejercer una acción coercitiva por los otros miembros, bajo la autoridad de las Naciones Unidas, aunque la razón oficialmente invocada era la de no verse obligados a participar en una acción coercitiva con la que no estuvieran de acuerdo (p. 241).

La abstención voluntaria de un miembro permanente no se considera veto, según la práctica desarrollada en el Consejo de Seguridad. El mismo efecto se atribuye a la ausencia de un miembro permanente. Por otro lado, si hay dudas sobre el carácter de una cuestión, corresponde decidir al respecto. Esta cuestión preliminar, al ser de fondo, permite un primer veto, y si se decide que la cuestión principal es de fondo, cualquiera de los miembros permanentes podrá vetar la decisión que otros miembros del cuerpo impulsen (doble veto).

El 26 de abril de 2022, mediante resolución 76/262, titulada “Mandato permanente para que se celebre un debate de la Asamblea General cuando se ejerza el derecho de veto en el Consejo de Seguridad”, la Asamblea General ha decidido que su Presidencia convocará una sesión oficial del cuerpo “en un plazo de diez días hábiles” cuando un miembro permanente del Consejo de Seguridad ejerza, o varios miembros permanentes de dicho órgano ejerzan, su derecho de veto, a fin de celebrar un debate sobre la situación a que se refiere el veto, “siempre que la Asamblea no celebre un período extraordinario de sesiones de emergencia sobre esa misma situación”.

Pasando a otro tema, cuestiones procesales son, entre otras, las que derivan de los artículos 28 a 32 de la Carta: el Consejo de Seguridad ha de funcionar continuamente y, en consecuencia, cada uno de sus miembros “tendrá en todo momento su representante en la sede de la Organización”. El cuerpo celebrará reuniones periódicas en las que cada miembro, si lo desea, podrá estar representado

por un integrante de su Gobierno o por otro representante especialmente designado. El Consejo podrá celebrar reuniones en cualquier lugar⁹, fuera de la sede de la Organización, y establecer órganos subsidiarios¹⁰.

Además, cualquier miembro de las Naciones Unidas que no sea miembro del Consejo podrá participar sin derecho a voto en la discusión de toda cuestión llevada ante el cuerpo “cuando éste considere que los intereses de ese miembro están afectados de manera especial”. A su vez, el miembro de las Naciones Unidas que no tenga asiento en el Consejo de Seguridad o el Estado que no sea miembro de la Organización, si fuere parte en una controversia que estuviere considerando el Consejo, será invitado a participar sin derecho a voto en las discusiones respectivas, debiendo establecer el cuerpo “las condiciones que estime justas para la participación de los Estados que no sean miembros de las Naciones Unidas”.

“A fin de promover el establecimiento y mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con la menor desviación posible de los recursos humanos y económicos del mundo hacia los armamentos”, el Consejo tendrá a su cargo la elaboración de planes para el establecimiento de un sistema de regulación de armamentos (art. 26).

16.14. Consejo Económico y Social

El Consejo Económico y Social (ECOSOC por sus siglas en inglés) está integrado por cincuenta y cuatro miembros de las Naciones Unidas elegidos por la Asamblea General para un período de tres años, pudiendo los miembros salientes ser reelegidos para el período subsiguiente (art. 61)¹¹. Cada uno de sus miembros tiene un representante. El ECOSOC puede hacer o iniciar estudios e informes sobre asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los miembros de la Organización y a los organismos especializados interesados. También puede hacer recomendaciones para promover el respeto a los derechos humanos y su efectividad. Está facultado además para formular proyectos de convención con respecto a cuestiones de su competencia, que se someten a la

⁹Por ejemplo, en 1972 se reunió en Addis Abeba (Etiopía), en 1973 en Panamá (Panamá) y en 1990 en Ginebra (Suiza).

¹⁰Algunos de los órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad son el Comité de Estado Mayor, el Comité contra el Terrorismo, el Comité de Sanciones y las Operaciones de Mantenimiento de la Paz. La Comisión de Consolidación de la Paz, creada en diciembre de 2005, es un órgano subsidiario asesor de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad.

¹¹Los puestos en el ECOSOC se distribuyen de la siguiente manera: 14 Estados africanos, 11 Estados asiáticos, 6 Estados de Europa Oriental, 10 Estados de América Latina y el Caribe y 13 Estados de Europa Occidental y otras regiones.

Asamblea General, y para convocar conferencias internacionales sobre tales cuestiones (art. 62).

El ECOSOC tiene la facultad de coordinar las actividades de los organismos especializados mediante consultas con ellos y a través de recomendaciones. Puede hacerlo también mediante recomendaciones a la Asamblea General y a los miembros de la ONU. Asimismo, puede tomar las medidas apropiadas a fin de obtener informes periódicos de dichos organismos y hacer arreglos con los miembros de la Organización y con esos organismos para obtener informes acerca de las medidas adoptadas para hacer efectivas sus propias recomendaciones y las recomendaciones de la Asamblea General con respecto a materias de la competencia del ECOSOC, comunicando a la Asamblea General sus observaciones sobre dichos informes (arts. 63.2 y 64).

Puede suministrar información al Consejo de Seguridad y debe darle la ayuda que el Consejo le solicite (art. 65); debe además desempeñar las funciones que caigan dentro de su competencia en relación con el cumplimiento de las recomendaciones de la Asamblea General y prestar, con la aprobación de ella, los servicios que le soliciten los miembros de las Naciones Unidas y los organismos especializados, así como desempeñar las demás funciones prescriptas en otras partes de la Carta o que le asigne la Asamblea General (art. 66).

Las decisiones del ECOSOC se toman por la mayoría de los miembros presentes y votantes, teniendo cada miembro un voto (art. 67).

Las normas de procedimiento respectivas están contenidas en los artículos 68 a 72 y el cuerpo puede establecer todas las comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones¹². Invitará a cualquier miembro de las Naciones Unidas a participar, sin derecho a voto, en las deliberaciones sobre cualquier asunto que sea de particular interés para dicho miembro, y podrá hacer arreglos para que representantes de los organismos especializados participen, sin derecho a voto, en sus deliberaciones y en las de las comisiones que establezca, y para que sus propios representantes participen en las deliberaciones de esos organismos.

El ECOSOC se reunirá cuando sea necesario de acuerdo con su reglamento. A lo largo del año celebra varios períodos de sesiones de corta duración y reuniones preparatorias, incluso con miembros de la sociedad civil. En julio celebra un período

¹²Entre las comisiones orgánicas del ECOSOC se encuentran la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la Comisión sobre Desarrollo Sostenible y el Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques. También existen comisiones regionales, como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), y otros órganos subsidiarios, como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

de sesiones sustantivo, de cuatro semanas de duración, alternando entre Nueva York y Ginebra (ONU, 2012, p. 17).

16.15. La Corte Internacional de Justicia

Con sede en La Haya, en el Palacio de la Paz, la Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Funciona de conformidad con su Estatuto, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional (el tribunal de la Sociedad de Naciones) y forma parte integrante de la Carta, que se refiere a ella en el Capítulo XIV (arts. 92 a 96).

Todos los miembros de las Naciones Unidas son ipso facto partes en el Estatuto de la Corte y un Estado que no sea miembro de la ONU puede llegar a ser parte en el Estatuto en las condiciones que en cada caso determine la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad¹³. Cada miembro de la Organización se compromete a cumplir la decisión de la Corte en todo litigio en que se parte. Por eso, si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le impone un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual, si lo cree necesario, hará recomendaciones o dictará medidas con el objeto de que ejecute el fallo (art. 94.2).

Ninguna disposición de la Carta impedirá a los miembros de las Naciones Unidas encomendar la solución de sus diferencias a otros tribunales, en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro (art. 95).

La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica (art. 96.1). También los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados podrán solicitarle “opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades”, pero deben ser autorizados para ello por la Asamblea General (art. 96.2).

16.16. La Secretaría

El Capítulo XV de la Carta contiene, en los artículos 97 a 101, las disposiciones relativas a la Secretaría, que se compone de un secretario general y del personal que requiera la Organización. El Secretario General será nombrado por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad y es el más alto funcionario

¹³Como Suiza en 1948. El 10 de septiembre de 2002 Suiza ingresó como miembro de las Naciones Unidas.

administrativo de la Organización, lo que no significa que carezca de funciones políticas. Su mandato dura cinco años con posibilidad de reelección¹⁴.

El Secretario General actúa como tal en las sesiones de la Asamblea General, del Consejo de Seguridad y del ECOSOC y desempeña las demás funciones que estos órganos le encomienden. Rendirá a la Asamblea General un informe anual sobre las actividades de la Organización y podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

El carácter internacional de las funciones de la Secretaría está consagrado en el artículo 100.1, el cual dispone que en el cumplimiento de sus deberes el Secretario General y el personal de la Secretaría “no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización, y se abstendrán de actuar en forma alguna que sea incompatible con su condición de funcionarios internacionales responsables únicamente ante la Organización”. En consecuencia, cada miembro de las Naciones Unidas asume el compromiso de respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del Secretario General y del personal de la Secretaría y de no tratar de influir sobre ellos en el desempeño de sus funciones (art. 100.2). El Secretario General nombra al personal de la Secretaría de acuerdo con las reglas establecidas por la Asamblea General (art. 101.1).

Otra función del Secretario General es utilizar sus “buenos oficios” para evitar que surjan controversias internacionales, o que se agraven o extiendan, y esto incluye el trabajo de sus representantes y enviados especiales y personales (ONU, 2012).

También compete a la Secretaría la administración de las operaciones de mantenimiento de la paz, encargándose de su planificación, preparación y gestión. El Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz y el Departamento de Apoyo a las Actividades en el Terreno se ocupan de lo concerniente a las OMP.

El Secretario General fracasaría si no tuviera debidamente en cuenta las preocupaciones de los Estados miembros, “pero al mismo tiempo debe sostener los valores y la autoridad moral de las Naciones Unidas y hablar y actuar a favor

¹⁴La resolución 11 (I), del 24 de enero de 1946, titulada “Condiciones del nombramiento del Secretario General”, dispuso que el primer Secretario General sería nombrado para un período de cinco años y que a la terminación de ese período el nombramiento podía ser renovado por otros cinco años, agregando que, ya que no se indica en la Carta ninguna estipulación en este sentido, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad “gozan de perfecta libertad para alterar el período de servicio de los Secretarios Generales que más tarde se designen, de acuerdo con lo que aconseje la práctica”.

de la paz, aun a riesgo, a veces, de desafiar o contradecir a los Estados Miembros” (ONU, 2012, p. 27).

Diversos Departamentos y Oficinas conforman la estructura de la Secretaría, entre los cuales se encuentran los Departamentos ya mencionados, así como la Oficina Ejecutiva del Secretario General, de la que forman parte el Secretario General y sus principales asesores. Y desde 1998 existe el cargo de Vicesecretario General.

16.17. Organismos especializados

Los artículos 57 a 59 de la Carta contienen disposiciones sobre los organismos especializados. Establecidos por acuerdos intergubernamentales, con amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, y otras materias conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 (art. 57.1).

La Organización hará recomendaciones con miras a coordinar las normas de acción y las actividades de esos organismos, además de iniciar, cuando hubiere lugar, negociaciones entre los Estados interesados para crear los nuevos organismos especializados que fueren necesarios para realizar los propósitos enunciados en el artículo 55, es decir, promover niveles de vida elevados, trabajo permanente para todas las personas y condiciones de progreso y desarrollo económico y social, así como la solución de problemas internacionales económicos, sociales, sanitarios, y otros problemas conexas, y la cooperación internacional en el plano cultural y educativo, junto con el respeto universal de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

El artículo 63.1 prescribe que el ECOSOC podrá concertar con los organismos especializados acuerdos por medio de los cuales se establezcan las condiciones de su vinculación con la Organización, acuerdos que quedan sujetos a la aprobación de la Asamblea General. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919, pasó a ser en 1946 el primer organismo especializado de las Naciones Unidas. La FAO, creada en 1945, es el organismo rector del sistema de las Naciones Unidas en la búsqueda de alivio de la pobreza y el hambre, promoviendo el desarrollo agrícola, la mejora de los niveles de nutrición y la seguridad alimentaria, mientras que la UNESCO tiene como objetivo principal coadyuvar a la paz y a la seguridad mundial mediante la colaboración entre las naciones a través de la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones. La UNESCO es la principal promotora de una cultura

de paz¹⁵.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) lidera a nivel mundial los asuntos relacionados con la salud, además de establecer normas, ofrecer apoyo técnico a los países y supervisar y evaluar las tendencias en la esfera de su competencia, entre otras funciones. Algunos otros organismos especializados son la Organización Internacional de la Aviación Civil (OACI), la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI), la Organización Mundial del Turismo (OMT), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Grupo del Banco Mundial.

16.18. Las ONG y el ECOSOC: disposiciones de la Carta

Con espíritu visionario, el artículo 71 del tratado fundacional de las Naciones Unidas autoriza al ECOSOC a hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de asuntos de la competencia del órgano. Puede hacerlo con organizaciones internacionales y con organizaciones nacionales, aunque en este último caso se requiere previa consulta con el respectivo Estado miembro de la ONU.

Esta apertura a las organizaciones no gubernamentales constituye una verdadera excepción en el sistema de San Francisco, porque las Naciones Unidas fueron concebidas concretamente como un mecanismo de relaciones intergubernamentales o entre instituciones internacionales, por lo que la posibilidad de la intervención de las ONG en su ámbito es una excepción y hasta una sorpresa (Delpech, 2005, p. 93).

Debe tratarse de ONG reconocidas como entidades consultivas del ECOSOC, estatuto que se obtiene al cumplir ciertos requisitos que ese órgano ha establecido. Estas ONG pueden enviar observadores a las reuniones del ECOSOC y de sus órganos subsidiarios y expresar por escrito sus opiniones sobre asuntos de la competencia del cuerpo.

16.19. Organizaciones conexas

Al igual que los organismos especializados, las organizaciones conexas forman parte del sistema de las Naciones Unidas¹⁶; entre ellas figuran el Organismo

¹⁵Sobre la base de la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz (1999).

¹⁶El sistema de las Naciones Unidas está constituido por la Secretaría de la Organización, los fondos y programas, los organismos especializados y las organizaciones conexas. Los fondos y programas, como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Programa Mundial de Alimentos (PMA), entre otros, son órganos

Internacional de Energía Atómica (OIEA), la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas (OPAQ) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

La OEIA promueve la utilización con fines pacíficos de la energía nuclear y verifica que los Estados cumplan sus obligaciones derivadas del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, “con miras a impedir que la energía nuclear se desvíe de usos pacíficos hacia armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos” (art. III del Tratado). Por su parte, la OPAQ supervisa la aplicación de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción .

Las organizaciones conexas desarrollan actividad en esferas especializadas y trabajan en estrecha cooperación con las Naciones Unidas. Algunas de ellas, como la OIEA y la OMC, forman parte de la Junta de Jefes Ejecutivos del sistema de las Naciones Unidas para la Coordinación, que es el máximo mecanismo de coordinación del sistema de las Naciones Unidas (ONU, 2012, p. 44). El Secretario General preside la Junta y sus miembros son los Jefes Ejecutivos de los organismos especializados, organizaciones conexas y órganos subsidiarios de la ONU que la integran.

16.20. Las organizaciones regionales y la OEA

La Carta de San Francisco hace referencia a las organizaciones regionales en el Capítulo VIII, del que nos ocuparemos al examinar lo concerniente al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

La Carta de la OEA precisa que “dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional” (art. 1), y que ninguna de sus estipulaciones 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).

En la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, se aprobó la Carta de la OEA, firmada el 30 de abril de 1948. Fue enmendada mediante el Protocolo de Buenos Aires (1967), el Protocolo de Cartagena de Indias (1985), el Protocolo de Washington (1992) y el Protocolo de Managua (1993).

La OEA es una organización creada por los Estados americanos “para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración

subsidiarios de la Asamblea General. El Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer se fusionó con otras tres entidades para dar nacimiento a ONU-Mujeres, cuya creación fue aprobada por la Asamblea General en 2010.

y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia” (art. 1 de la Carta). Para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, la OEA responde a los siguientes propósitos esenciales: a) afianzar la paz y la seguridad en el Continente; b) promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; c) prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que existan entre los Estados miembros; d) organizar la acción solidaria de sus miembros en caso de agresión; e) procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; f) promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural; g) erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y h) alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros (art. 2).

Los catorce principios enumerados en el artículo 3 reafirman el contenido de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y van incluso más allá: el Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas y el orden internacional tiene como bases esenciales el respeto de la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y el fiel cumplimiento de las obligaciones que emanan de los tratados y otras fuentes del Derecho Internacional. Además, la buena fe debe regir las relaciones interestatales y la solidaridad de los Estados americanos requiere de su organización política sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa. Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y no debe intervenir en los asuntos de otro Estado.

La eliminación de la pobreza crítica hace parte esencial de la promoción y la consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados del Continente. La guerra de agresión es condenable, la victoria no da derechos y la agresión a un Estado americano constituye una agresión al conjunto de los Estados americanos. La lista de principios incluye también la solución pacífica de las controversias internacionales entre Estados americanos, junto con la concepción de la justicia social como base de una paz duradera y de la cooperación económica como esencial para el bienestar y la prosperidad de los pueblos del Continente. El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana, sin distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo, junto con el principio de que la educación debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz, completan la enumeración.

Otros principios, como el de la igualdad soberana, el respeto y la fiel observancia de los tratados, la no intervención, y la obligación de no recurrir al uso de la fuerza, además del deber de todo Estado americano de respetar los derechos de que disfrutaran los demás Estados de acuerdo con el Derecho Internacional, también están expresamente consagrados (Capítulo IV).

La solución pacífica de las controversias, la seguridad colectiva y el desarrollo integral están presentes en otros capítulos. Los Estados miembros se comprometen a lograr que sus pueblos alcancen el desarrollo integral, condición indispensable para la paz y la seguridad, igual que la justicia social internacional.

El desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico. La cooperación interamericana para el desarrollo integral, que ha de ser continua y encauzarse preferentemente en el ámbito multilateral, sin perjuicio de la cooperación bilateral, es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros (arts. 30 a 33). La igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de los pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son objetivos básicos de desarrollo integral y para lograrlos es necesario alcanzar las metas básicas fijadas¹⁷. El reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales confirma que la Carta de la OEA es también un tratado de derechos humanos.

La OEA realiza sus fines por medio de la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo Permanente, el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados, pudiendo establecerse los órganos subsidiarios, organismos y otras entidades que se estimen necesarios (art. 53).

a) La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA y tiene como atribuciones principales, entre otras, decidir la acción y la política general de la Organización y considerar cualquier asunto relativo a la convivencia de los Estados americanos, así como dictar disposiciones para la coordinación de las actividades de los órganos, organismos y entidades de la OEA entre sí, y de estas actividades con las de

¹⁷Según el artículo 34, tales metas son, entre otras, el incremento sustancial y autosostenido del producto nacional per cápita, distribución equitativa del ingreso nacional, sistemas impositivos adecuados y equitativos, salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos, nutrición adecuada y vivienda adecuada para todos los sectores de la población.

otras instituciones del sistema interamericano. También es su función robustecer y armonizar la cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos especializados, además de propiciar la colaboración con otras organizaciones internacionales que persigan propósitos análogos a los de la OEA.

Cada Estado miembro tiene derecho a un voto y el cuerpo se reunirá anualmente en la sede seleccionada de acuerdo con el principio de rotación (arts. 56 y 57). En circunstancias especiales, el Consejo Permanente convocará a la Asamblea General a un período extraordinario de sesiones (art. 58). Las decisiones de la Asamblea se adoptarán de conformidad con lo previsto en el artículo 59.

b) La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores se celebrará con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos, y para servir de Órgano de Consulta¹⁸.

c) El Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral dependen directamente de la Asamblea General y tienen la competencia que les asignan la Carta y otros instrumentos interamericanos, así como las funciones que les encomienden la Asamblea General y la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores. Todos los Estados miembros tienen derecho a estar representados en cada uno de los Consejos, con derecho a voto. Los Consejos están facultados a hacer recomendaciones en el ámbito de sus atribuciones y a someter a la Asamblea General proyectos de instrumentos internacionales, según las disposiciones contenidas en el Capítulo XI de la Carta.

El Consejo Permanente se compone de un representante por cada Estado miembro, nombrado especialmente con la categoría de embajador, y conocerá de cualquier asunto que le encomienden la Asamblea General o la Reunión de Consulta. Velará por el mantenimiento de las relaciones amistosas entre los Estados miembros, ayudándoles de una manera efectiva en la solución pacífica de sus controversias (arts. 85 a 90). Deberá ejecutar asimismo aquellas decisiones de la Asamblea General o de la Reunión de Consulta cuyo cumplimiento no haya sido encomendado a ninguna otra entidad, además de formular recomendaciones a la Asamblea General sobre el funcionamiento de la Organización y ejercer las demás atribuciones señaladas en la Carta. La Carta Democrática Interamericana asigna funciones muy importantes al Consejo

¹⁸El artículo 65 dispone que 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 (TIAR) por lo que atañe a los Estados Partes en dicho instrumento. La región de seguridad a que se alude es la delimitada en el artículo 4 del TIAR.

Permanente (arts. 18 y 20).

El Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral se compone de un representante titular, a nivel ministerial o su equivalente, por cada Estado miembro (art. 93) y tiene como finalidad promover la cooperación entre los Estados americanos para lograr su desarrollo integral y, en particular, contribuir a la eliminación de la pobreza crítica teniendo en cuenta las normas de la Carta, especialmente las consignadas en el Capítulo VII (art. 94).

Celebrará, por lo menos, una reunión cada año a nivel ministerial o su equivalente, y podrá celebrar reuniones al mismo nivel para los temas especializados o sectoriales que estime pertinentes, en áreas de su competencia (art. 96). Se reunirá, además, cuando sea convocado por la Asamblea General o la Reunión de Consulta, o por propia iniciativa¹⁹.

d) El Comité Jurídico Interamericano servirá de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos y promoverá el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional, entre otras funciones (art. 99).

e) La función principal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la OEA en esta materia (art. 106). Está integrada por siete miembros, tiene su sede en Washington, D.C., y es el órgano ante el cual se presentan las peticiones a que hace referencia el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

f) La Secretaría General, órgano central y permanente de la OEA, ejercerá las funciones asignadas en la Carta y otros tratados y acuerdos interamericanos, así como las que le atribuya la Asamblea General, debiendo cumplir los encargos que le encomienden dicho órgano, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los Consejos (art. 107). El Secretario General será elegido por la Asamblea General para un período de cinco años y no podrá ser reelegido más de una vez ni sucedido por alguien de la misma nacionalidad (art. 108). Dirigirá la Secretaría General y la representará legalmente, y podrá participar (el Secretario General o su representante) con voz pero sin voto en todas las reuniones de la Organización (arts. 109 y 110), así como llevar a la atención de la Asamblea General o del Consejo Permanente cualquier asunto que, en su opinión, pudiese afectar la

¹⁹Podrá reunirse también para los casos previstos en el artículo 37 de la Carta, el cual dispone que los Estados miembros buscarán colectivamente solución a los problemas urgentes o graves que pudieran presentarse cuando el desarrollo o estabilidad económicos de cualquier Estado miembro se vieran afectados por situaciones que no pudieren ser resueltas por el esfuerzo de dicho Estado.

paz y la seguridad del Continente.

El Secretario General y el personal de la Secretaría no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún Gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización, debiendo abstenerse de actuar en forma alguna que sea incompatible con su condición de funcionarios internacionales responsables únicamente ante la Organización (art. 118). Los Estados miembros se comprometen a respetar la naturaleza exclusivamente internacional de las responsabilidades del Secretario General y del personal de la Secretaría y a no tratar de influir sobre ellos en el desempeño de sus funciones (art. 119).

g) De acuerdo con el artículo 122 de la Carta, las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana. Se celebran cuando lo resuelva la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por instancia propia o a iniciativa de alguno de los Consejos u Organismos Especializados.

Se consideran como Organismos Especializados Interamericanos, para los efectos de la Carta, los organismos intergubernamentales establecidos por acuerdos multilaterales que tengan determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos. Disfrutarán de la más amplia autonomía técnica, pero deberán tener en cuenta las recomendaciones de la Asamblea General y de cada Consejo. Las relaciones entre los organismos especializados y la Organización se determinarán mediante acuerdos celebrados entre cada organismo y el Secretario General, con la autorización de la Asamblea General. Los organismos han de establecer relaciones de cooperación con organismos mundiales de la misma índole, a fin de coordinar sus actividades²⁰.

El Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Instituto Indigenista Interamericano, el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, la Organización Panamericana de la Salud y el Instituto Panamericano de Geografía e Historia son organismos especializados de la OEA.

Regresar al Sumario

²⁰Disposiciones del Capítulo XVIII de la Carta.

17. Integración – MERCOSUR

17.1. Consideraciones generales

La integración es un proceso multidimensional. El Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, Bolivia y Chile (1998), la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR (1998), la Declaración del MERCOSUR, Bolivia y Chile como Zona de Paz y libre de armas de destrucción en masa (1999), la Carta de Buenos Aires sobre Compromiso Social en el Mercosur (2000), el Protocolo sobre el Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el MERCOSUR (2005), la Declaración Sociolaboral de 2015, entre otros instrumentos, marcan una evolución hacia las dimensiones de la integración que van más allá de la ampliación de los mercados y del comercio intrazonal.

En el preámbulo del Tratado de Montevideo de 1960, que estableció la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), los Estados partes ya se mostraban persuadidos de que la ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales constituye una condición fundamental para que los países de América Latina puedan acelerar su proceso de desarrollo económico en forma de asegurar un mejor nivel de vida de sus pueblos, mientras que el Tratado de Montevideo de 1980, constitutivo de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), refleja en su preámbulo una convicción similar, pero relacionando la integración económica regional con el desarrollo económico y social.

En el preámbulo del Tratado de Asunción se considera que la ampliación de los mercados nacionales a través de la integración constituye condición fundamental para acelerar el proceso de desarrollo económico de los Estados partes con justicia social, entendiéndose que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementariedad de los distintos sectores de la economía, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio. Además, se reafirma la voluntad política de avanzar hacia una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de los Estados partes, con la finalidad de alcanzar los objetivos antes mencionados.

17.2. Tratado de Asunción

El progresivo acercamiento entre Argentina y Brasil fue preparando el terreno para lo que vendría a comienzos de la década de 1990. Bien puede decirse que el retorno de la democracia trajo consigo la idea de que era mucho mejor estar juntos y compartir un proyecto que podía crecer y fortalecer a ambos países. Pronto el proyecto se convirtió en algo más ambicioso, con cuatro países como protagonistas.

Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, conscientes de que el Tratado para la Constitución de un Mercado Común “debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del tratado de Montevideo de 1980”, como dice el preámbulo de dicho Tratado, procedieron a su firma el 26 de marzo de 1991, en la ciudad de Asunción.

El mercado común que los Estados partes han decidido constituir se basa en lo siguiente: 1) la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países participantes, así como la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; 2) el establecimiento de un arancel externo común, junto con la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales; 3) la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para fortalecer el proceso de integración.

De todo ello, expresamente consignado en el artículo 1 del Tratado, se desprende que los Estados partes contemplaron que el proceso a desarrollar abarcaría tres etapas: la conformación de una zona de libre comercio, la constitución de una unión aduanera y finalmente la creación del mercado común.

Para la primera etapa se estableció un Programa de Liberación Comercial (Anexo I del Tratado) con miras a eliminar los derechos aduaneros y las restricciones no arancelarias al comercio intrazona¹. Debía extenderse hasta el 31 de diciembre de 1994, con un plazo adicional respecto de las listas de excepciones presentadas por Paraguay y Uruguay. Sin embargo, en agosto de 1994 se aprobó el Régimen de Adecuación al Programa de Liberación Comercial², que estableció como plazo final

¹Por derechos aduaneros (o aranceles) se entiende los impuestos que se cobran por la importación de productos, mientras que por restricciones no arancelarias se entiende, por ejemplo, los cupos para la importación de ciertos productos.

²Decisión CMC N° 5/94.

de desgravación el 1 de enero de 1999 para Argentina y Brasil y el 1 de enero de 2000 para Uruguay y Paraguay.

De ahí en más, se ha establecido una unión aduanera entre los Estados partes del Mercosur que no ha alcanzado su conformación definitiva. Es una unión aduanera imperfecta.

En cuanto a los objetivos del Tratado de Asunción, cabe distinguir objetivos inmediatos y mediatos. Entre estos últimos, figuran una mejor inserción internacional, mejorar las condiciones de vida de los habitantes del Mercosur, una unión más estrecha entre sus pueblos, afirmación del sistema democrático (Basaldúa, 1995, p. 80).

17.3. Estados partes y Estados asociados

Además de los cuatro Estados firmantes del Tratado de Asunción, la República Bolivariana de Venezuela es también Estado parte del Mercosur. El Protocolo de Adhesión, firmado el 4 de julio de 2006, entró en vigencia treinta días después de que Paraguay depositara su instrumento de ratificación en diciembre de 2013, pero luego, el 5 de agosto de 2017, se tomó la decisión de suspender a Venezuela en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR. En la misma decisión, los Estados partes han asumido el compromiso de definir medidas para minimizar los impactos negativos de la suspensión sobre el pueblo venezolano y se ha previsto que la suspensión cesará cuando, de acuerdo con el artículo 7 del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en Venezuela.

Hay que recordar, además, que el Tratado de Asunción está abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la ALADI, siendo la aprobación de las solicitudes objeto de decisión unánime de los Estados partes (art. 20).

Chile, desde 1996, y Bolivia (hoy Estado Plurinacional de Bolivia), desde 1997, son Estados asociados³, lo mismo que Perú (2003), Ecuador (2004), Colombia (2004), la República Cooperativa de Guyana (2013) y la República de Surinam (2013).

³Bolivia se encuentra en proceso de adhesión. En ocasión de la LVII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, el canciller boliviano dijo que su país retorna al Mercosur luego de la ruptura del orden constitucional y democrático que lo alejó de los procesos de integración en que venía participando, agradeció a los Estados partes que ya ratificaron el respectivo Protocolo de Adhesión y expresó que esperaban contar pronto con la ratificación de Brasil.

Nada dice el Tratado de Asunción acerca de la categoría de Estado asociado, pero en 1996 el Consejo del Mercado Común adoptó una decisión referida a la participación de terceros países asociados⁴. La Decisión CMC N° 18/04 establece que la condición de Estado asociado del Mercosur solo puede ser adquirida por los Estados miembros de la ALADI que hayan firmado un Acuerdo de Alcance Parcial con el Mercosur, si tal Acuerdo ha sido protocolizado ante la ALADI. A su vez, la Decisión CMC 11/13, del 11 de julio de 2013, ha agregado la posibilidad de que soliciten también la condición de Estado asociado países con los cuales el Mercosur haya celebrado acuerdos en los términos del artículo 25 del Tratado de Montevideo de 1980, agregado claramente orientado a permitir el ingreso en esa condición de Guyana y Surinam (Fernández Reyes, 2013, p. 134).

Para adquirir la condición de Estado asociado, el país interesado debe además adherir expresamente al Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, y a la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el MERCOSUR⁵. Debe adherir también al Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el MERCOSUR⁶.

El Consejo del Mercado Común es el órgano que acepta, mediante decisión expresa, la condición de Estado asociado.

17.4. Estructura institucional

a) El Tratado de Asunción creó el Consejo del Mercado Común (CMC) y el Grupo Mercado Común (GMC). El Consejo es el órgano superior y tiene a su cargo la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos. Integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía, o sus equivalentes, de los Estados partes⁷, se reúne las veces que estime oportuno, y por lo menos una vez al año con la participación de los Presidentes de los Estados partes (arts. 9 a 11). Debe velar por el cumplimiento del Tratado, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco, siendo también su función formular políticas y promover las acciones

⁴La Decisión CMC N° 14/96, derogada por la Decisión N° 18/04.

⁵Aprobada en la Cumbre de Presidentes del 25 de junio de 1996 en Potrero de los Funes, San Luis, Argentina.

⁶Decisión CMC N° 18/04 (art. 2), con la modificación introducida por el artículo 2 de la Decisión CMC N° 11/13.

⁷Según el artículo 12 del Tratado y el artículo 7 del Protocolo, pueden ser invitados a participar en las reuniones del Consejo otros Ministros o autoridades de nivel ministerial.

necesarias para la conformación del mercado común. Ejerce además la titularidad de la personalidad jurídica del bloque y negocia y firma acuerdos, en nombre de él, con terceros países, grupos de países y organismos internacionales⁸, desempeñando también las demás funciones indicadas en el artículo 8 del Protocolo de Ouro Preto. El Consejo se pronuncia mediante Decisiones, que son obligatorias para los Estados partes.

b) El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercosur. Coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores, está integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por cada país, designados por los respectivos Gobiernos, entre los cuales debe haber obligatoriamente representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Economía (o equivalentes) y el Banco Central. Son funciones del Grupo, entre otras, velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción, de sus Protocolos y de los acuerdos firmados en su marco; proponer proyectos de decisión al Consejo; tomar las medidas necesarias para el cumplimiento de las decisiones del Consejo; fijar programas de trabajo que aseguren avances para el establecimiento del mercado común y crear, modificar o suprimir subgrupos de trabajo y reuniones especializadas⁹. También supervisa las actividades de la Secretaría Administrativa del Mercosur. El Grupo se pronuncia mediante Resoluciones, que son obligatorias para los Estados partes.

c) Según el artículo 2 del Protocolo de Ouro Preto, otro órgano con capacidad decisoria es la Comisión de Comercio (CCM), encargada de asistir al Grupo Mercado Común y velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados para el funcionamiento de la unión aduanera. También desempeña las demás funciones que enumera el artículo 19 del Protocolo, ejerciendo las atribuciones que allí se establecen. Está integrada la Comisión por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por Estado parte y es coordinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores. Se pronuncia mediante Directivas o Propuestas, siendo obligatorias las primeras para los Estados partes.

d) El Protocolo creó además el Foro Consultivo Económico-Social (FCES) y la Secretaría Administrativa del Mercosur¹⁰. El Foro es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales y está integrado por igual número de representantes de cada Estado parte. Se manifiesta mediante recomendaciones al Grupo Mercado

⁸Estas funciones pueden ser delegadas por mandato expreso al Grupo Mercado Común, en las condiciones establecidas en el artículo 14.VII del Protocolo de Ouro Preto.

⁹Artículo 13 del Tratado de Asunción y artículo 14 del Protocolo de Ouro Preto.

¹⁰También creó la Comisión Parlamentaria Conjunta, luego reemplazada por el Parlamento del Mercosur.

Común (arts. 28 y 29).

El Reglamento Interno del FCES le asigna diversas funciones; entre ellas, cooperar activamente para promover el progreso económico y social del Mercosur, proponer normas y políticas económicas y sociales en materia de integración y contribuir a una mayor participación de la sociedad en el proceso de integración. El FCES está compuesto por las respectivas Secciones Nacionales de cada Estado parte y su órgano superior es el Plenario del Foro, a cuyas reuniones pueden asistir los miembros del CMC y el GMC, con facultad de hacer uso de la palabra.

La Secretaría Administrativa (SM) es un órgano de apoyo operativo, responsable de la prestación de servicios a los demás órganos. Tiene su sede permanente en Montevideo y sirve como archivo oficial de la documentación del Mercosur, ocupándose además de la publicación y la difusión de las normas adoptadas en el bloque regional. También edita el Boletín Oficial del Mercosur, organiza los aspectos logísticos de las reuniones del CMC, del GMC, de la CCM y de los restantes órganos cuando las reuniones se realicen en la sede de la Secretaría. Otra función de la Secretaría es informar regularmente a los Estados partes sobre las medidas adoptadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas emanadas de los órganos del Mercosur. Desempeña, además, las tareas que le sean solicitadas por el CMC, el GMC y la CCM.

e) El Protocolo de Olivos (2002, modificado en 2007) ha creado el Tribunal Permanente de Revisión (TPR), cuya sede es la ciudad de Asunción. El Tribunal, que está integrado por cinco árbitros¹¹, entiende en los recursos de revisión interpuestos contra laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y sus miembros deben estar disponibles de modo permanente para actuar cuando sean convocados. Los Estados partes declaran reconocer como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del TPR para conocer y resolver las controversias a que se refiere el Protocolo, así como la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc¹². El Protocolo contempla la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal (art. 3)¹³.

f) El 9 de diciembre de 2005 se firmó el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, órgano de representación de los respectivos pueblos, independiente y

¹¹Según el artículo 18 del Protocolo, con la redacción que rige a partir de la entrada en vigor del Protocolo de 2007. Tanto los árbitros del TPR como los de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc deben ser juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del Mercosur (art. 35 del Protocolo de Olivos).

¹²Artículo 33 del Protocolo de Olivos.

¹³Por Decisión CMC N° 37/02 se ha aprobado el Reglamento del Protocolo de Olivos, cuyo Capítulo II se refiere a las opiniones consultivas.

autónomo, que tiene su sede en Montevideo. El Parlamento es un órgano unicameral que debe estar integrado por representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, de acuerdo con la legislación interna de cada Estado parte y las disposiciones del Protocolo Constitutivo, parte integrante del Tratado de Asunción.

Los propósitos del Parlamento son: 1) representar a los pueblos del Mercosur, respetando su pluralidad ideológica y política; 2) asumir la promoción y defensa permanente de la democracia, la libertad y la paz; 3) impulsar el desarrollo sustentable de la región con justicia social y respeto de la diversidad cultural; 4) garantizar la participación de la sociedad civil en el proceso de integración; 5) estimular la formación de una conciencia colectiva de valores ciudadanos y comunitarios para la integración; 6) contribuir a consolidar la integración latinoamericana mediante la profundización y ampliación del Mercosur; 7) promover la solidaridad y la cooperación regional e internacional (art. 2).

El pluralismo y la tolerancia, la transparencia de la información y de las decisiones para crear confianza y facilitar la participación ciudadana, el respeto de los derechos humanos y el repudio a todas las formas de discriminación son, entre otros, los principios del Parlamento (art. 3).

Las competencias del Parlamento son, entre otras: velar por la observancia de las normas del Mercosur y la preservación del régimen democrático en los Estados partes; elaborar y publicar anualmente un informe sobre la situación de los derechos humanos en los Estados partes; pedir informes u opiniones por escrito a los órganos decisorios y consultivos del bloque sobre cuestiones relacionadas con el desarrollo del proceso de integración; realizar reuniones semestrales con el Foro Consultivo Económico-Social para intercambiar informaciones y opiniones sobre el desarrollo del Mercosur; organizar reuniones públicas, sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, con entidades de la sociedad civil y los sectores productivos; recibir, examinar y en su caso canalizar hacia los órganos decisorios peticiones de cualquier particular de los Estados partes, ya se trate de una persona física o jurídica, relacionadas con actos u omisiones de los órganos de la estructura institucional del bloque, y emitir declaraciones, recomendaciones e informes sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración, por iniciativa propia o a solicitud de otros órganos del Mercosur (art. 4).

También le compete elaborar dictámenes sobre todos los proyectos de normas del Mercosur que requieran aprobación legislativa en uno o varios Estados partes, así como proponer proyectos de normas para su consideración por el CMC y elaborar estudios y anteproyectos de normas nacionales, orientados a la armonización de las

legislaciones nacionales de los Estados partes¹⁴. Por otro lado, debe expedirse sobre la adhesión de nuevos Estados partes y puede solicitar opiniones consultivas al TPR.

El Parlamento puede invitar a los Estados asociados del Mercosur a participar en sus sesiones públicas por medio de miembros de sus Parlamentos nacionales, que participarán con derecho a voz pero sin derecho a voto.

Los parlamentarios no están sujetos a mandato imperativo y deben actuar con independencia en el ejercicio de sus funciones. Tendrán un mandato de cuatro años, a partir de la fecha de asunción en el cargo, y existe la posibilidad de reelección.

En las disposiciones transitorias del Protocolo Constitutivo quedaron previstas dos etapas de transición: la primera, entre el 31 de diciembre de 2006 y el 31 de diciembre de 2010; la segunda, entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2014. En la primera etapa de la transición, el Parlamento estuvo integrado por dieciocho parlamentarios por cada Estado parte, designados por los respectivos Parlamentos nacionales. A partir de la segunda etapa de la transición, los ciudadanos de los Estados partes deberían haber elegido a los parlamentarios. En virtud del Protocolo Adicional al Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (2019), Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay acordaron suspender la elección directa de los integrantes del cuerpo hasta tanto se realice dicha elección en forma simultánea en todos los Estados partes (art. 1)¹⁵.

g) El Tribunal Administrativo Laboral del MERCOSUR es la única instancia jurisdiccional para resolver las reclamaciones de carácter administrativo-laboral del personal de la SM y de las personas contratadas por la Secretaría para obras y servicios determinados, en su ámbito o en otros órganos del bloque.

h) En otro orden de cosas, el Protocolo de Ouro Preto dispone, en sus artículos 37 y 38, que las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes, comprometiéndose estos a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de esos órganos.

¹⁴El Consejo del Mercado Común debe informar semestralmente sobre el tratamiento de los proyectos de normas propuestos por el Parlamento. Los estudios y anteproyectos de normas nacionales serán comunicados a los Parlamentos nacionales a los efectos de su eventual consideración.

¹⁵El Protocolo Adicional prevé que los parlamentarios “elegidos en forma directa con mandato en curso continuarán en su función hasta completar su mandato” (art. 4). Hasta el momento de firmarse el Protocolo Adicional, solo en Argentina y en Paraguay los parlamentarios habían sido elegidos en forma directa.

17.5. Órganos auxiliares

El Protocolo de Ouro Preto autoriza la creación de los órganos auxiliares que fueren necesarios para la consecución de los objetivos del proceso de integración.

a) La Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR¹⁶, la Comisión de Coordinación de los Ministerios de Asuntos Sociales del MERCOSUR y el Foro de Consulta y Participación Política del MERCOSUR¹⁷ son órganos auxiliares del CMC.

b) Otro órgano auxiliar es el Foro Consultivo de Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos del MERCOSUR, creado en diciembre de 2004 en la reunión del CMC en Belo Horizonte. Tiene la finalidad de estimular el diálogo y la cooperación entre las autoridades de nivel municipal, estadual, provincial y departamental de los Estados partes y puede proponer medidas orientadas a la coordinación de políticas para promover el bienestar y mejorar la calidad de vida de los habitantes de los Municipios, Estados Federados, Provincias y Departamentos de la región, así como formular recomendaciones por intermedio del GMC.

La instalación del Foro Consultivo tuvo lugar el 18 de enero de 2007 en el marco de la XXXII Cumbre de Jefes de Estado del MERCOSUR en Río de Janeiro. Mercociudades, una red creada en 1995, coordina el Comité de los Municipios del Foro.

c) La Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos en el MERCOSUR y Estados Asociados (RAADH), creada por Decisión N° 40/04, constituye un foro especializado dependiente del CMC y está integrada por Comisiones Permanentes y Grupos de Trabajo. Tiene la función de contribuir a la consolidación de los derechos humanos como un eje fundamental del proceso de integración política y social del Mercosur, junto con la de impulsar la implementación interna de estándares de derechos humanos, entre otras funciones. Las organizaciones sociales pueden participar presencialmente y mediante el uso de nuevas tecnologías en las Reuniones Plenarias, Comisiones Permanentes, Grupos de Trabajo y conferencias públicas de la RAADH. Pueden también realizar aportes previos y enviar documentos.

¹⁶Creada por Decisión N° 11/03 del CMC e integrada por los representantes permanentes de los Estados partes y por un presidente, que ha de ser una personalidad política destacada de nacionalidad de uno de esos Estados, designada por el CMC a propuesta de los presidentes de tales países. Asiste al CMC y a la Presidencia Pro Tempore del MERCOSUR. Ha elaborado la Cartilla del Ciudadano del MERCOSUR.

¹⁷Creada por la Decisión CMC N° 39/08. Tiene la función de elevar propuestas de trabajo relativas al Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR, entre otras funciones. El Foro fue creado por Decisión CMC N 18/98.

En el ámbito de la Reunión se ha creado el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos¹⁸, con sede permanente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo objetivo es contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho en los Estados partes, mediante el diseño y seguimiento de políticas públicas en derechos humanos, y contribuir a la consolidación de estos derechos como eje fundamental de la identidad y el desarrollo del MERCOSUR.

d) El Instituto Social del MERCOSUR fue creado en 2007 con el objetivo de profundizar la dimensión social y fortalecer el proceso de integración¹⁹. Depende de la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social del MERCOSUR (RMADS)²⁰. En el Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur (PEAS) se destaca que la creación del Instituto Social es parte de la respuesta a la necesidad de consolidar el proceso iniciado con la institucionalización de la Reunión de Ministros y Autoridades de Desarrollo Social y los esfuerzos emprendidos por la Comisión de Coordinación de Ministros de Asuntos Sociales, cuya finalidad esencial fue jerarquizar la dimensión social de la integración regional.

e) La estructura del GMC está integrada por las siguientes categorías de órganos dependientes: Grupos, Subgrupos de Trabajo, Grupos Ad Hoc y Reuniones Especializadas²¹. Los Comités Técnicos funcionan como órganos auxiliares de la Comisión de Comercio.

f) En el ámbito de la Secretaría, opera el Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM)²² con la finalidad de financiar programas para promover la convergencia estructural, desarrollar la competitividad, promover la cohesión social, especialmente de las economías menores y regiones menos desarrolladas, y apoyar el funcionamiento de la estructura institucional y el fortalecimiento del proceso de integración²³. Se integra con aportes anuales de los Estados partes, que no son reembolsables. En 2015 se aprobó la continuidad del FOCEM.

¹⁸Por Decisión CMC N° 14/09.

¹⁹Decisión CMC N° 03/07. Las Disposiciones para el Funcionamiento del Instituto Social del MERCOSUR fueron aprobadas en 2010.

²⁰Existen también la Reunión de Ministros de Educación, la Reunión de Ministros de Justicia, la Reunión de Ministros de Cultura, la Reunión de Ministros de Salud y la Reunión de Ministros del Interior, entre otras. En el ámbito de la Reunión de Ministros del Interior funciona el Foro Especializado Migratorio (FEM). Grupos Ad Hoc y Reuniones Especializadas

²¹Decisión CMC N° 12/12 y Decisión CMC N° 24/14.

²²Decisión CMC N° 45/04.

²³Decisión CMC N° 18/05 (art. 1).

17.6. Personalidad jurídica y fuentes jurídicas del Mercosur

El artículo 34 del Protocolo de Ouro Preto establece que el Mercosur tiene personalidad jurídica de Derecho Internacional. Podrá, en el uso de sus atribuciones, realizar todos los actos necesarios para el logro de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias (art. 35). Además, celebrará acuerdos de sede (art. 36).

Como dice Moncayo (2000), el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional pone de manifiesto la voluntad de acentuar la imagen de ‘bloque’ del Mercosur, “que presenta así una posición unificada en las negociaciones con otros Estados, grupos de Estados y organizaciones internacionales lo que, naturalmente, acrecienta su poder negociador” (p. 599).

De conformidad con el artículo 41 del Protocolo, las fuentes jurídicas del Mercosur son: a) el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; b) los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; c) las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

En otras palabras, tales fuentes son las normas originarias y las normas derivadas. Estas últimas tienen carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deben ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la respectiva legislación (art. 42).

17.7. Solución de controversias

a) El Anexo al Protocolo de Ouro Preto y el Reglamento del Anexo establecen el procedimiento para las reclamaciones ante la CCM. Las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio, originadas en los Estados partes o en reclamaciones de particulares (personas físicas o jurídicas), con arreglo al artículo 21 del Protocolo, se ajustarán al procedimiento establecido en el Anexo.

El Estado reclamante presentará su reclamación ante la Presidencia Pro-Tempore de la Comisión, que será tratada en la primera reunión siguiente del órgano. Si no se adoptare una decisión en esa reunión, se remitirán los antecedentes a un Comité Técnico, que preparará y elevará un dictamen conjunto. La Comisión tomará en consideración tal dictamen, o las conclusiones de los expertos integrantes del Comité cuando no hubiere dictamen conjunto. Si no existiere consenso, en su primera reunión ordinaria posterior a la recepción del dictamen o de las conclusiones de los expertos,

oportunidad en que debe decidir sobre la cuestión, o en la reunión extraordinaria convocada al efecto, la Comisión elevará al GMC las alternativas propuestas, junto con el dictamen o las conclusiones de los expertos, según el caso, para que se adopte una decisión. De haber consenso sobre la procedencia de la reclamación, el Estado parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas en la CCM o en el GMC, en el plazo razonable fijado para ello. Transcurrido este plazo sin que se haya cumplido lo dispuesto en la decisión, el Estado reclamante podrá recurrir al procedimiento previsto en el Protocolo de Olivos, en lo pertinente²⁴.

También los Estados partes podrán presentar consultas por escrito en la CCM a uno o más Estados partes sobre materias de competencia de la Comisión²⁵. El Estado consultante dará por concluida una consulta cuando la respuesta a ella fuera considerada satisfactoria o la causa que generó la consulta hubiera sido superada.

b) Serán sometidas al procedimiento que estatuye el Protocolo de Olivos (2002) las controversias que surjan entre Estados partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC y de las Directivas de la CCM (art. 1). Las controversias que pueden ser sometidas al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros esquemas preferenciales de comercio de que sean partes individualmente los Estados partes del Mercosur, podrán someterse a uno u otro foro, a elección de la parte demandante, aunque las partes en la controversia podrán, de común acuerdo, elegir el foro. Iniciado un procedimiento ante un foro, ninguna de las partes podrá recurrir a los mecanismos establecidos en los otros foros respecto del mismo objeto.

Los Estados partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas, que no podrán exceder de un plazo de quince días desde la fecha en que una de las partes comunicó a la otra la decisión de iniciar la controversia, salvo acuerdo entre las partes (art. 5.1). Si por la vía de las negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuera solucionada solo parcialmente, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá iniciar directamente el procedimiento arbitral previsto en el Capítulo VI del Protocolo (art. 6.1). Sin perjuicio de ello, podrán, de común acuerdo, someterla a consideración del GMC,

²⁴El Protocolo de Olivos derogó el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias (1991). El artículo 55.3 de este instrumento aclara que “las referencias al Protocolo de Brasilia realizadas en el Protocolo de Ouro Preto y su Anexo se entenderán remitidas al presente Protocolo en lo que corresponda”.

²⁵Directiva CCM N° 17/99.

que evaluará la situación, dando oportunidad a las partes para que expongan sus respectivas posiciones (art. 6.2)²⁶. Cuando la controversia haya sido sometida al GMC, el Grupo formulará recomendaciones expresas y detalladas, de ser posible, para la solución del diferendo.

De no haberse alcanzado una solución mediante negociaciones directas o con la intervención del GMC, cualquiera de los Estados partes en la controversia podrá comunicar a la Secretaría del TPR su decisión de recurrir al procedimiento arbitral previsto en el Protocolo, el cual se sustanciará ante un Tribunal Arbitral Ad Hoc compuesto de tres árbitros. Cada parte designa un árbitro titular y un árbitro suplente, para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa en cualquier etapa del procedimiento²⁷. El tercer árbitro, que presidirá el Tribunal, será designado de común acuerdo por las partes²⁸.

El objeto de la controversia queda determinado por los escritos de presentación y de respuesta y no puede ser ampliado posteriormente. Cualquiera de las partes en la controversia puede presentar un recurso de revisión al TPR contra el laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc, en un plazo no superior a los quince días a partir de la notificación del laudo. El recurso se limita a las cuestiones de Derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo atacado.

Las partes en una controversia, culminadas sin éxito las negociaciones directas, pueden acordar de manera expresa someterse directamente y en instancia única al Tribunal Permanente de Revisión, en cuyo caso este tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral Ad Hoc y regirán, en lo pertinente, las disposiciones del Capítulo VI. En este supuesto, los laudos serán obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, no estarán sujetos a revisión y tendrán fuerza de cosa juzgada con relación a las partes.

Los laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc son obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada si no se interpusiera el recurso de revisión en el plazo previsto. Los laudos del TPR, cuando actúa en el marco de un recurso de revisión, son inapelables y obligatorios para los Estados partes en la controversia a partir de su

²⁶El GMC podrá requerir, cuando considere necesario, el asesoramiento de expertos seleccionados de la lista a que hace referencia el artículo 43 del Protocolo.

²⁷Cada Estado parte en la controversia designa esos árbitros de la lista prevista en el artículo 11.1 del Protocolo.

²⁸El tercer árbitro debe ser designado de la lista de terceros árbitros (art. 12.2.iii), también registrada en la Secretaría Administrativa. Si no hubiere acuerdo para elegir el tercer árbitro, se procederá con arreglo al artículo 10.3.ii del Protocolo.

notificación, teniendo, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada²⁹. Los laudos deben ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados.

c) El procedimiento establecido en el Capítulo XI del Protocolo de Olivos se aplica a los reclamos de particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los Estados partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM. Los particulares afectados deben formalizar los reclamos ante la Sección Nacional del GMC del Estado parte donde tengan su residencia habitual o la sede de sus negocios, aportando elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio, para que el reclamo sea admitido por la Sección Nacional correspondiente. La Sección Nacional que haya admitido el reclamo deberá entablar consultas con la Sección Nacional del GMC del Estado parte al que se atribuye la violación a fin de buscar una solución inmediata a la cuestión. Finalizadas las consultas sin que se hubiera alcanzado una solución, aquella Sección Nacional elevará el reclamo al GMC.

Recibido el reclamo, el GMC puede rechazarlo, pronunciándose por consenso, en caso de considerar que no reúne los requisitos necesarios (los del artículo 40.2) para darle trámite. Si no lo rechaza, el reclamo se considera aceptado. En tal caso, se convocará de inmediato a un grupo de expertos³⁰, que emitirá un dictamen acerca de la procedencia del reclamo dentro de los treinta días a partir de la designación de los miembros del grupo. Dentro de este plazo, el grupo de expertos dará oportunidad al reclamante y a los Estados involucrados en el reclamo de ser oídos y presentar sus argumentos en audiencia conjunta.

Si en dictamen unánime el grupo de expertos verificare la procedencia del reclamo, podrá requerirse al Estado reclamado la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas, y si el requerimiento no prospera dentro de un plazo de quince días, el Estado parte que lo efectuó podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral. Si el dictamen considera improcedente el reclamo por unanimidad, el GMC dará de inmediato por concluido el reclamo en el ámbito del Capítulo XI. Es posible que el grupo de expertos no alcance la unanimidad para

²⁹Cualquiera de las partes en la controversia puede solicitar una aclaración del laudo del Tribunal Arbitral Ad Hoc o del TPR, y sobre la forma en que el laudo debe cumplirse (art. 28).

³⁰A la composición del grupo de expertos se refiere el artículo 43 del Protocolo, con la redacción que rige a partir de la entrada en vigor del Protocolo Modificatorio de 2007.

emitir el dictamen; en este supuesto, el grupo elevará sus distintas conclusiones al GMC, que de inmediato dará por concluido el reclamo en el ámbito del Capítulo XI. En estos dos últimos supuestos, el Estado parte reclamante podrá dar inicio a los procedimientos previstos en los Capítulos IV a VI del Protocolo.

d) Los Tribunales Arbitrales Ad Hoc y el TPR decidirán las controversias aplicando el Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la CCM, así como los principios y normas de Derecho Internacional aplicables a la materia. Esta disposición del artículo 34.1 del Protocolo de Olivos no restringe la facultad de aquellos Tribunales o del TPR, cuando actúe en instancia directa y única, de decidir la controversia ex aequo et bono, si las partes así lo acordaren (art. 34.2).

e) El sistema de solución de controversias del Mercosur se caracteriza por su flexibilidad, celeridad y obligatoriedad. Flexibilidad, porque contempla diversas modalidades a las que podrán recurrir las partes, según la naturaleza de la controversia; celeridad, debido a que, por el carácter comercial de la mayoría de los casos, los plazos son breves y los procedimientos relativamente sencillos, y lo último, porque el recurso al arbitraje asegura un resultado de cumplimiento compulsivo para las partes en la controversia (Deluca, 2013, p. 10). El sistema de solución de controversias analizado se caracteriza también por ser intergubernamental.

17.8. A poco más de 30 años del Tratado de Asunción

El 26 de marzo de 2021 se cumplieron treinta años de la firma del Tratado de Asunción. En ese marco, uno de los temas en discusión fue la flexibilidad o flexibilización a los efectos de permitir que los Estados partes celebren de forma unilateral acuerdos comerciales³¹. Mientras tanto, el acuerdo entre el Mercosur y la Unión Europea (UE) aún no se ha puesto en marcha. El 7 de julio de 2021, en el marco de la LVII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común, Uruguay anunció que negociará acuerdos comerciales por fuera del bloque.

De acuerdo con lo previsto, el Plan de Acción para el Estatuto de Ciudadanía del Mercosur³² debía estar íntegramente implementado en el 30° aniversario del Mercosur, pudiendo ser instrumentado mediante la firma de un protocolo que incorpore el

³¹En relación con ello, hay que recordar que la Decisión N° 32/00 del CMC prohíbe a los Estados partes, partir del 30 de junio de 2001, celebrar convenios comerciales unilaterales, por fuera del bloque.

³²Adoptado por Decisión CMC N° 64/10.

concepto de “Ciudadano del MERCOSUR” y forme parte del Tratado de Asunción³³. El 26 de marzo de 2021, durante el ejercicio *pro tempore* de la presidencia del bloque, Argentina presentó el Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur, integrado por un conjunto de derechos fundamentales y beneficios para los nacionales de los Estados partes.

En el Comunicado Conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados, de 21 de julio de 2022, los mandatarios recordaron que “América Latina y el Caribe es una zona de paz, basada en el respeto al Derecho Internacional y en los principios y propósitos de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas” (párr. 3). Efectivamente, la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) ha sido declarada como Zona de Paz en esos mismos términos, según la Proclama de 2014, adoptada en La Habana. A su vez, el Parlamento del Mercosur ha declarado el espacio territorial que conforma Mercosur como Zona de Paz, libre de armas de destrucción masiva y nuclear, reiterando en todas sus partes la Declaración Política del MERCOSUR, Bolivia y Chile como Zona de Paz suscrita en Ushuaia³⁴.

Esto supone que los Estados del bloque mercosureño deben actuar en consecuencia, dejando en claro su postura a favor de la paz, como valor y como derecho, en todas las circunstancias. Sin embargo, de los cuatro Estados fundadores del Mercosur solo Paraguay y Uruguay son Estados partes en el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (2017), que ha entrado en vigor el 22 de enero de 2021.

Regresar al Sumario

³³Según el artículo 7 de la Decisión CMC N° 64/10.

³⁴Declaración 04/2014, de 10 de noviembre de 2014.

18. Solución de controversias

18.1. Concepto de controversia internacional

¿Cuándo existe una controversia internacional? Para responder esta pregunta podemos basarnos en el caso *Maffezini*, en cuyo marco un tribunal arbitral del CIADI subrayó que “suele haber una secuencia natural de acontecimientos que conducen a una controversia”. Todo “comienza con la expresión de un desacuerdo y la afirmación de puntos de vista divergentes” y “con el tiempo estos acontecimientos adquieren un significado jurídico preciso mediante la formulación de reclamaciones jurídicas, su discusión y su rechazo eventual o falta de respuesta de la otra parte”. El conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses “solo estará presente en esta última etapa, aunque los hechos subyacentes tengan una fecha anterior”¹.

Puede decirse entonces, siguiendo a Cassese (1975), que una controversia internacional es “la contraposición de puntos de vista jurídicos entre dos o más Estados”, que “se materializa en el conflicto entre la pretensión de un Estado de que otro adopte una determinada posición jurídica de acuerdo con una norma internacional y la negativa del otro Estado a aceptar dicha pretensión” (p. 177).

18.2. Principios fundamentales

Uno de los principios de Derecho Internacional es el arreglo pacífico de las controversias internacionales. La Carta de las Naciones Unidas manda que los miembros de la Organización arreglen sus controversias internacionales por medios pacíficos, “de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia” (art. 2.3).

La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional subraya que los Estados “procurarán llegar a un arreglo pronto y justo de sus controversias internacionales” y que “se abstendrán de toda medida que pueda agravar la situación de modo que ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, y obrarán en conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

¹CIADI, *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, decisión sobre excepciones a la jurisdicción, 25 de enero de 2000, párr. 92.

La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales² puntualiza cómo deben actuar los Estados en esta materia: procurarán, de buena fe y con espíritu de cooperación, el arreglo pronto y equitativo de sus controversias internacionales.

Se trata, pues, de una obligación de comportamiento, no de resultado, pero las partes en una controversia tienen el deber, en caso de que no se logre una solución por uno de los medios pacíficos, “de seguir tratando de arreglar la controversia por otros medios pacíficos acordados por ellas” (Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional). La Declaración de Manila va más allá al decir que en caso de que las partes en una controversia no lleguen prontamente a una solución recurriendo a cualquiera de los medios de solución, seguirán buscando una solución pacífica y celebrarán de inmediato consultas sobre medios mutuamente convenidos de resolver la controversia; si no lograren solucionar por ninguno de esos medios una controversia cuya continuación pudiera poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la someterán al Consejo de Seguridad.

En línea con ese criterio, el Tratado Antártico prevé que cualquier controversia concerniente a la interpretación o la aplicación del Tratado se resolverá por cualquiera de los medios pacíficos contemplados en su artículo XI.1, agregando que toda controversia de esa naturaleza, no resuelta por tales medios, será referida a la Corte Internacional de Justicia, con el consentimiento, en cada caso, de todas las partes en controversia, para su resolución; pero la falta de acuerdo para referirla a la Corte Internacional de Justicia no dispensará a las partes en controversia de la responsabilidad de seguir buscando una solución por cualquiera de esos medios pacíficos (art. XI.2).

Otro principio fundamental es la libre elección de los medios. Al respecto, la Declaración de Manila expresa que el arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará según el principio de la libre elección de los medios.

18.3. Medios de arreglo

De acuerdo con el artículo 33.1 de la Carta de las Naciones Unidas los medios de solución pacífica de controversias son la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos que elijan las partes. La Declaración de Manila

²Aprobada por la Asamblea General mediante resolución 37/10, del 15 de noviembre de 1982.

enumera los mismos medios e incorpora de manera expresa los buenos oficios, como hace también la Carta de la OEA (art. 25).

Los medios de solución pacífica de controversias se clasifican en políticos (o diplomáticos) y jurisdiccionales. Los primeros se basan en el acuerdo de las partes, incluso en relación con los términos del arreglo. Los segundos conducen a una decisión de carácter obligatorio, adoptada por un tercero imparcial.

Son medios políticos la negociación, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación. Los medios jurisdiccionales son el arbitraje y el arreglo judicial.

18.4. Los medios políticos

a) Muchos tratados obligan a las partes a entablar negociaciones diplomáticas antes de acudir a cualquier otro medio de solución. Así, el Tratado de Paz, Amistad y Navegación argentino-chileno dispone que “las Partes se esforzarán por lograr la solución de toda controversia entre ellas mediante negociaciones directas, realizadas de buena fe y con espíritu de cooperación”, añadiendo que, si a juicio de ambas partes o de una de ellas, las negociaciones directas no alcanzaren un resultado satisfactorio, cualquiera de las partes podrá invitar a la otra a someter la controversia a un medio de arreglo pacífico elegido de común acuerdo (art. 4). El Estatuto del Río Uruguay establece que toda controversia sobre la interpretación o aplicación del Estatuto (y del Tratado de Límites entre Argentina y Uruguay) que no pudiese solucionarse por negociaciones directas podrá ser sometida, por cualquiera de las partes, a la Corte Internacional de Justicia (art. 60). La misma fórmula emplea el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (art. 87).

Como ha dicho la Corte en el caso de la *Delimitación de la plataforma continental del Mar del Norte* (1969), debe haber *meaningful negotiations*, esto es, las negociaciones deben tener un sentido. Es una derivación del principio de la buena fe. Ahora bien, el Tribunal de La Haya también ha dejado en claro, reiterando el criterio de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del *Tráfico ferroviario entre Lituania y Polonia* (1931), que “el compromiso de negociar no implica el de entenderse”³.

“Las negociaciones no se remiten a una simple oposición entre las opiniones o los intereses jurídicos de las dos partes, o a la existencia de una serie de acusaciones y de refutaciones”, porque “la noción de ‘negociaciones’ se distingue de la de ‘diferendo’ e

³CIJ, sentencia en el caso de las *Pasteras en el río Uruguay*, párr. 150.

implica, cuanto menos, que una de las partes intente verdaderamente abrir el debate con la otra parte con vistas a arreglar el diferendo”⁴.

El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) destaca la importancia de las negociaciones, colocándolas como la primera opción al decir que, en caso de que entre dos o más Estados signatarios se suscite una controversia que, en su opinión, no pueda ser resuelta por negociaciones directas, “las Partes se comprometen a hacer uso de los procedimientos establecidos en este Tratado” (art. 2).

b) Se acude a los buenos oficios “cuando las partes en una controversia se encuentran fuertemente distanciadas, o les resulta muy difícil sentarse a negociar” (González Napolitano, 2015, p. 783). El Pacto de Bogotá explica que una vez logrado el acercamiento de las partes y que estas hayan reanudado las negociaciones directas quedará terminada la gestión del Estado o del ciudadano que hubiere ofrecido sus buenos oficios o aceptado la invitación a interponerlos; “sin embargo, por acuerdo de las partes, podrán aquellos estar presentes en las negociaciones” (art. X).

El tercero que actúa es una personalidad prominente, como un jefe de Estado o un jefe de gobierno, el Secretario General de las Naciones Unidas o el Papa, y en el ámbito de la OEA su Secretario General. Si los buenos oficios son ofrecidos, “las partes litigantes no considerarán nunca el ejercicio de este derecho como un acto poco amistoso”, estipula el artículo 3 de la Convención de La Haya de 1907, reiterando en este punto la Convención de 1899.

En la controversia entre Argentina y Uruguay por las plantas de celulosa en el río Uruguay, al rey de España se le solicitó que interpusiera sus buenos oficios para acercar a las partes a fin de que estas recurrieran luego a negociaciones directas.

c) La Convención de La Haya de 1907 establece que “la misión del mediador consiste en conciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que pudieran haber surgido entre los Estados litigantes” (art. 4), en términos casi idénticos a los de la Convención de 1899.

El mediador o los mediadores serán elegidos de común acuerdo por las partes y sus funciones consisten en asistirlas “en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable”. El mediador se abstendrá de hacer informe alguno, agrega el Pacto de

⁴CIJ, *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación de Rusia)*, excepciones preliminares, sentencia de 1 de abril de 2011, párr. 157.

Bogotá.

La mediación tiene exclusivamente el carácter de un consejo, pero nunca fuerza obligatoria, remarcan las Convenciones de La Haya.

d) Cuando se trata de una cuestión de hecho, que un tercero imparcial asuma la tarea de dilucidar los hechos resulta un medio que permite destrabar la solución del diferendo.

La Convención de 1907 precisa que la comisión encargada de esclarecer las cuestiones de hecho debe hacerlo “mediante un examen imparcial y concienzudo” (art. 9). Luego regula con detalle el procedimiento, aclarando que “la investigación será contenciosa”, pues cada parte expondrá los hechos y acompañará las actas, piezas y documentos que estime convenientes para el esclarecimiento de la verdad, así como una lista de los testigos y peritos de los que pretende valerse. Además, con el asentimiento de las partes, la comisión puede realizar investigaciones in situ. “El informe de la comisión, que se limitará a consignar los hechos, no tendrá en modo alguno el carácter de sentencia arbitral”, dejando a las partes en absoluta libertad en cuanto a las consecuencias que pueda tener la investigación (art. 35).

El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 dispone la constitución de una Comisión Internacional de Encuesta, integrada por quince miembros de alta reputación moral, de reconocida imparcialidad y con competencia para proceder a una investigación de cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave a los Convenios de Ginebra o al Protocolo y facilitar el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y del Protocolo (art. 90).

A su vez, en la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa) está previsto que si uno o más Estados partes desean aclarar y buscan resolver cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la Convención por otro Estado parte podrán presentar, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, una solicitud de aclaración del asunto a ese Estado parte. El procedimiento podrá derivar en la autorización de una misión de determinación de hechos, compuesta de hasta nueve expertos designados de la lista de expertos calificados preparada por el Secretario General, y “en cualquier momento el Estado Parte del que se solicita la aclaración podrá invitar a su territorio a una misión de determinación de hechos” (art. 8).

El procedimiento de investigación suele combinarse con el de conciliación. El Pacto de Bogotá regula ambos procedimientos de manera conjunta.

e) La conciliación es otro procedimiento en el que interviene un tercero imparcial, la comisión de conciliación, con la facultad de examinar la controversia y proponer una solución a través de un informe, que no resulta vinculante para las partes. En el Anexo I del Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile se halla regulado el procedimiento de conciliación, aplicable en forma subsidiaria si las partes no se pusieren de acuerdo sobre otro medio de arreglo pacífico o si, obtenido el acuerdo, la solución no se alcanzare por cualquier causa (art. 5)⁵. Los términos propuestos por la Comisión solo revestirán el carácter de recomendaciones sometidas a la consideración de las partes para facilitar un arreglo recíprocamente aceptable, según las disposiciones pertinentes del Anexo mencionadao.

18.5. Medios jurisdiccionales

Los medios jurisdiccionales de solución de controversias internacionales son el arbitraje y el arreglo judicial. En ambos procedimientos, un tercero imparcial, el órgano arbitral o judicial, decide la controversia aplicando el Derecho Internacional, y su decisión es obligatoria.

Más allá de esos rasgos comunes, hay algunas diferencias desde un punto de vista institucional. Así, “mientras el órgano arbitral es efímero por naturaleza, ya que se crea *ad hoc* para resolver una controversia y desaparece cuando es solucionada, el órgano judicial es permanente: preexiste y subsiste a la controversia” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 601). Además, en el arbitraje los Estados pueden elegir al árbitro o a los miembros del órgano arbitral y determinar de mutuo acuerdo el procedimiento, posibilidad que no se da en el arreglo judicial al encontrarse los Estados con un órgano ya constituido, aunque pueden elegir un *juez ad hoc*, y con un procedimiento establecido de antemano.

18.6. El arbitraje

Según la Convención de La Haya de 1907, “las convenciones de arbitraje se conciertan para los conflictos ya surgidos o que puedan surgir” y “pueden referirse a todos los conflictos o solamente a los de una clase determinada” (art. 39). De ello se desprende que el consentimiento para el arbitraje puede darse con posterioridad, esto es, una vez que haya surgido la controversia, o con anterioridad a que ello ocurra.

⁵La Comisión de Conciliación se compondrá de tres miembros, dos nombrados por cada una de las partes (pudiendo ser el elegido un nacional) y el tercero elegido por ambas partes “entre nacionales de terceros Estados que no tengan su residencia habitual en el territorio de alguna de ellas ni se encuentren a su servicio”.

Cuando se presta *a priori*, queda expresado a través de una cláusula compromisoria o bien de un tratado de arbitraje que ha entrado en vigor entre las partes. La cláusula compromisoria aparece en un tratado bilateral o multilateral sobre otra materia, como el Tratado de Paz y Amistad antes mencionado (art. 6).

También el arbitraje puede estar previsto en un tratado de solución de controversias, como procedimiento aplicable a todo tipo de controversias o a una determinada categoría, a la que pertenezca la controversia de que se trate. Así, el Pacto de Bogotá dispone que, no obstante lo establecido en cuanto al procedimiento judicial, los Estados partes tienen la facultad de someter a arbitraje, si se pusieren de acuerdo al respecto, “las diferencias de cualquier naturaleza, sean o no jurídicas, que hayan surgido o surgieren en lo sucesivo entre ellas” (art. XXXVIII).

Cuando no existe tratado previo que lo establezca, el recurso al arbitraje se estipula en el llamado “compromiso”, un acuerdo entre las partes en el que también se define el objeto de la controversia, así como la composición del órgano arbitral y la forma de nombramiento del árbitro o de los árbitros, y en el que suelen precisarse también las reglas de procedimiento y el Derecho aplicable.

Y si ya existe una cláusula compromisoria o un tratado de arbitraje, el compromiso define el objeto de la controversia y las reglas de procedimiento, entre otras cuestiones. Así, el Tratado de Paz y Amistad dispone que la parte que intente recurrir al arbitraje lo hará saber a la otra mediante comunicación escrita en la que indicará el objeto de la controversia e invitará a la otra parte a celebrar un compromiso, debiendo la parte requerida colaborar en la constitución del tribunal y la celebración del compromiso, mientras que el Pacto de Bogotá obliga a celebrar en cada caso el compromiso que defina claramente la materia específica objeto de la controversia, la sede del Tribunal, las reglas a observar en el procedimiento, el plazo dentro del cual haya de pronunciarse el tribunal y las demás condiciones que convengan las partes (art. XLIII).

El órgano arbitral puede ser unipersonal o colegiado, es decir, estar compuesto por un árbitro único⁶ o por un tribunal integrado por un número impar de miembros (normalmente tres o cinco). El Tratado de Paz y Amistad establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral se compondrá de cinco miembros designados a título personal: cada una de las partes nombrará un miembro, que podrá ser nacional suyo, y los otros tres miembros, uno de los cuales presidirá el Tribunal, serán elegidos de común acuerdo entre nacionales de terceros países (art.

⁶La Convención de La Haya prevé la posibilidad de designar como árbitro “a un soberano o a otro jefe de Estado” (art. 56), aunque también han actuado en esa calidad jefes de gobierno.

24).

En cuanto al procedimiento, los Estados partes en la controversia establecen las reglas en el compromiso, o dejan esta tarea en manos del órgano arbitral. Otra posibilidad es la remisión a las Convenciones de La Haya, en particular a las reglas contenidas en la Convención de 1907, o a las que consigna el Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral de la CDI⁷. El procedimiento consta de una fase de instrucción escrita y una etapa oral (vista). En cuanto a las pruebas presentadas, el tribunal decide su admisibilidad y aprecia su valor; además, en cualquier momento de las actuaciones, tiene la facultad de pedir las pruebas que considere necesarias, según el Modelo de reglas de procedimiento.

La sentencia arbitral, llamada también laudo, debe ser motivada sobre todos los puntos que decida, es obligatoria para las partes y debe ejecutarse de buena fe. Decide el litigio definitivamente y sin apelación. El recurso de interpretación está contemplado en el artículo 82 de la Convención de La Haya de 1907. Y el Pacto de Bogotá dispone: “Las diferencias que se susciten sobre la interpretación o la ejecución del laudo, serán sometidas a la decisión del Tribunal Arbitral que lo dictó” (art. XLVII).

Con respecto al recurso de revisión, la Convención de 1907 prescribe que en el compromiso arbitral las partes podrán prever la revisión de la sentencia. En este caso, y salvo acuerdo en contrario, se dirigirá la petición al tribunal que la ha dictado. La demanda podrá fundarse únicamente en el descubrimiento de un hecho nuevo, que pudiera influir de una manera decisiva en la sentencia y que, al cerrar el debate, hubiera sido desconocido para el tribunal y para la parte solicitante de la revisión (art.83).

De la nulidad de la sentencia arbitral se ocupa el Modelo de reglas de procedimiento de la CDI, diciendo que cualquiera de las partes podrá impugnar la validez de una sentencia por una o varias de las causas siguientes: a) exceso de poder del tribunal; b) corrupción de un miembro del tribunal; c) infracción grave de una norma fundamental de procedimiento, incluso el hecho de que la sentencia no exprese, total o parcialmente, los motivos en que se funda. A falta de acuerdo de las partes para someter el asunto a otro tribunal, la Corte Internacional de Justicia será competente para declarar, a instancia de una de las partes, la nulidad, y si la Corte

⁷Aprobado en 1958 en el décimo período de sesiones de la CDI. La Asamblea General, mediante resolución 1262 (XIII), de 14 de noviembre de 1958, señaló el Modelo a la atención de los Estados miembros para que lo utilizaran.

declara nula la sentencia, el litigio será sometido a un nuevo tribunal⁸.

18.7. Corte Permanente de Arbitraje

La Corte Permanente de Arbitraje (CPA), creada por la Convención de 1899, tiene su sede en La Haya. Cada Estado parte en la Convención de 1907 designará hasta cuatro personas dispuestas a aceptar las funciones de árbitro⁹. Cuando se recurra a la CPA para solucionar una controversia, la elección de los jueces árbitros llamados a formar el tribunal competente se hará de la lista general de inscriptos en esa calidad en la Oficina Internacional de la Corte¹⁰.

Más allá de su denominación, la CPA no es un tribunal sino una organización intergubernamental que presta servicios de arbitraje en materia de controversias interestatales y controversias de otro tipo. Uno de sus órganos es el Consejo de Administración, que adopta reglamentos generales, como el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre Dos Estados (1992), el Reglamento Facultativo para el Arbitraje de Controversias entre Dos Partes de las cuales solamente una es un Estado (1993), el Reglamento Facultativo para el Arbitraje entre Organizaciones Internacionales y Partes Privadas (1996), el Reglamento Facultativo para el Arbitraje comprendiendo Organizaciones Internacionales y Estados (1996) y el Reglamento Facultativo para el Arbitraje de las Controversias Relativas a los Recursos Naturales y/o al Medio Ambiente (2001).

A estos instrumentos se suma el Reglamento de Arbitraje de la CPA 2012, que no reemplaza los reglamentos previamente adoptados, es opcional y para ser usado en el arbitraje de litigios que involucren al menos a un Estado, una entidad controlada por un Estado o una organización intergubernamental y a partes privadas. Permite elegir un tribunal arbitral de uno, tres o cinco árbitros, no estando su elección restringida a personas que estén en la lista de la CPA.

Corresponde destacar, por último, que el Pacto de Bogotá dispone, a los fines de integrar el Tribunal de Arbitraje a que se refiere su Capítulo V, que cada parte designará un árbitro y los otros tres árbitros que hayan de completar el Tribunal surgirán de las listas presentadas por las partes con nombres de juristas que formen la nómina general de la Corte Permanente de Arbitraje (art. XL).

⁸Modelo de reglas de la CDI, artículos 37 y 38.

⁹Según el artículo 44 de la Convención de La Haya de 1907, debe tratarse de personas de reconocida competencia en las cuestiones de Derecho Internacional, que gocen de la más alta consideración moral. Son nombrados para un período de seis años y pueden renovar sus poderes.

¹⁰La Convención considera miembros de la Corte a las personas inscriptas en esa lista.

18.8. El arbitraje en otros ámbitos

En el ámbito del Derecho Internacional Económico existen los arbitrajes llamados “transnacionales”, entre un particular y un Estado, o entre un particular y una organización internacional (Pastor Ridruejo, 2013, p. 603).

Muchas controversias de naturaleza jurídica entre inversores extranjeros y Estados se resuelven en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a través de tribunales arbitrales ad hoc. El Consejo Administrativo del CIADI adoptó en 1978 el Reglamento del Mecanismo Complementario, por cuyas reglas se rige el arbitraje bajo tal Mecanismo, utilizado para el arreglo de diferencias relativas a inversiones, cuando una de las partes no es un Estado contratante en el Convenio del CIADI o un nacional de un Estado contratante, y de diferencias que no surjan directamente de una inversión.

El Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹¹ contiene reglas de procedimiento a las que pueden las partes remitirse en un acuerdo de arbitraje. La CONVEMAR (art. 188.1.c) también prevé la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

En los tratados bilaterales de inversiones (TBI) es frecuente encontrar una disposición que permite someter una controversia a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la CNUDMI, como una opción al arbitraje en el ámbito del CIADI o cuando no se hubiera acordado uno de los procedimientos alternativos previstos.

18.9. El arreglo judicial

El medio jurisdiccional de solución de controversias que veremos aquí implica la intervención de “un tercero imparcial mutuamente consentido, que es un órgano permanente, además de colectivo, el cual dicta sentencia obligatoria fundada en el Derecho Internacional después de un proceso contradictorio regulado por un procedimiento preestablecido” (Pastor Ridruejo, 2013, p. 610).

En el ámbito del Derecho del Mar, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y la Sala de Controversias de los Fondos Marinos pueden resolver controversias entre Estados partes, como hemos visto, pero cuando hablamos de arreglo judicial las miradas se posan principalmente en la Corte Internacional de Justicia.

¹¹El Reglamento de Arbitraje de la CPA 2012 está basado en el Reglamento de la CNUDMI.

18.10. Corte Internacional de Justicia: composición y organización

El órgano judicial principal de las Naciones Unidas es un cuerpo de magistrados independientes elegidos, sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gocen de alta autoridad moral y reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países o sean jurisconsultos de reconocida competencia en Derecho Internacional. Entre los quince miembros que componen la Corte no puede haber dos de la misma nacionalidad, y cada juez conserva el derecho de participar en los casos en que una de las partes sea el Estado del cual es nacional, según lo previsto en el artículo 31.1 del Estatuto de la Corte.

Si el Tribunal incluye un magistrado de la nacionalidad de una de las partes en un litigio, la otra parte puede designar a una persona de su elección para que intervenga en calidad de juez *ad hoc* y participe en las decisiones en términos de absoluta igualdad con sus colegas. También el artículo 31 del Estatuto contempla el supuesto de que la Corte no incluya entre los magistrados que conocerán un caso ninguno de la nacionalidad de las partes, supuesto en el que cada una de ellas podrá designar un juez *ad hoc*, no siendo necesario que estos jueces posean la nacionalidad del Estado que los designa¹². Si varias partes tuvieran un mismo interés, se contarán como una sola parte a los fines de la designación de juez *ad hoc*. Los magistrados designados de acuerdo con estas reglas deberán reunir las mismas condiciones requeridas para los demás jueces del Tribunal (art. 36.1).

Los miembros de la Corte serán elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, procediendo independientemente, de una nómina de candidatos propuestos por los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje. En la elección se tendrá en cuenta no solo que las personas a elegir reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también la representación que promueve el artículo 9 del Estatuto¹³. Resultarán electos los candidatos que obtengan una mayoría absoluta de votos en la Asamblea General y el Consejo de Seguridad¹⁴. Los miembros de la

¹²Así, por ejemplo, en el caso de las Pasteras en el río Uruguay no había ningún juez argentino ni uruguayo. La Argentina designó como juez *ad hoc* a Raúl Vinuesa, argentino, y Uruguay a Santiago Torres Bernárdez, español.

¹³En virtud de un acuerdo político, se procede al siguiente reparto geográfico: tres jueces al grupo africano; dos jueces, respectivamente, al grupo asiático, al grupo de países latinoamericanos y caribeños y al europeo occidental (y otros países) y uno al europeo oriental. A este número hay que sumar los cinco jueces nacionales de los Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

¹⁴Según el artículo 10 del Estatuto, en las votaciones del Consejo de Seguridad no habrá distinción alguna entre miembros permanentes y miembros no permanentes del cuerpo, y en caso

Corte desempeñarán sus cargos por nueve años y podrán ser reelegidos.

18.11. Competencia contenciosa

Solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte (art. 34.1), que estará abierta a todos los Estados partes en el Estatuto (art. 35.1). También estará abierta a otros Estados en las condiciones fijadas por el Consejo de Seguridad (art. 35.2), pero sin que tales condiciones coloquen a las partes en situación de desigualdad ante el Tribunal. El Consejo de Seguridad aprobó la resolución 9 (1946) estableciendo que la Corte Internacional de Justicia estará abierta a cualquier Estado que no sea parte en el Estatuto si previamente ha depositado ante el Secretario de la Corte una declaración por la que acepta la jurisdicción del Tribunal y por la que se compromete a cumplir de buena fe lo decidido por este y a aceptar todas las obligaciones de los miembros de las Naciones Unidas en virtud del artículo 94 de la Carta.

La competencia *ratione materiae* del Tribunal de La Haya es general, ya que se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes (art. 36.1).

18.12. Formas de reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte

a) De los términos del artículo 36.1 del Estatuto surge que puede reconocerse como obligatoria la jurisdicción de la Corte mediante un tratado. En este mismo capítulo hemos dado algunos ejemplos de ello. Se trata de un consentimiento anticipado, anterior al nacimiento de la controversia.

b) Por otro lado, los Estados partes en el Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d) la naturaleza o extensión de la reparación por el quebrantamiento de una obligación internacional (art. 36.2). La declaración podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o

de que más de un nacional del mismo Estado obtenga una mayoría absoluta de votos, tanto en la Asamblea General como en el Consejo de Seguridad, se considerará electo el de mayor edad.

por determinado tiempo (art. 36.3), y será remitida para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ella a las partes en el Estatuto y al Secretario de la Corte (art. 36.4).

Cada declaración es un acto unilateral y solo la convergencia de dos de ellas hará que la Corte sea competente. La práctica demuestra que los Estados formulan estas declaraciones con reservas de todo tipo, lo cual está lejos de compadecerse con la intención de la norma. Hay reservas *ratione materiae*, que limitan la materia sobre la que puede pronunciarse la Corte, y otras *ratione personae*, hechas con la finalidad de excluir las controversias relacionadas con determinados Estados. También las hay *ratione temporis*, que excluyen la jurisdicción del Tribunal sobre las controversias anteriores a determinada fecha, coincidente o no con la fecha de la declaración, o relativas a hechos o situaciones anteriores a la fecha de la declaración. Otro tipo de reservas (relacionadas con tratados multilaterales, por ejemplo) también excluyen la jurisdicción del Tribunal, y el panorama empeora si se tiene en cuenta que Francia y Estados Unidos denunciaron sus declaraciones después de las demandas que dieron origen al asunto de los *Ensayos nucleares* y al caso *Nicaragua*¹⁵, respectivamente.

El artículo XXXI del Pacto de Bogotá reproduce el texto de la cláusula opcional del artículo 36.2 con una variante: los Estados partes declaran que reconocen respecto de cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el Pacto, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico entre ellos que versen sobre las cuestiones que menciona aquella norma del Estatuto.

El Tribunal de La Haya ha dejado en claro que la obligación asumida por los Estados partes en dicho Pacto es independiente de la obligación que deriva de la declaración prevista en el artículo 36.2¹⁶. En consecuencia, todo Estado parte en el Pacto de Bogotá no podrá hacer valer respecto de otro Estado parte las reservas contenidas en esa declaración.

c) Otra forma de aceptar la jurisdicción de la Corte es el compromiso, un acuerdo posterior al surgimiento de una controversia en el que las partes especifican el objeto del litigio y su solicitud al Tribunal.

¹⁵En ese caso, una declaración hecha de acuerdo con el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estaba aún vigente sirvió de apoyo a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en virtud de lo previsto en el artículo 36.5 de su Estatuto.

¹⁶En el caso *Acciones armadas fronterizas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras)* y en el caso de la *Controversia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia)*.

18.13. *Forum prorrogatum*

El principio de *forum prorrogatum* está relacionado con el informalismo en la expresión del consentimiento que caracteriza al Derecho Internacional.

En el caso del *Estrecho de Corfú*, el Gobierno del Reino Unido presentó a la Corte, el 22 de mayo de 1947, una solicitud pidiéndole que decidiera que el Gobierno de Albania era internacionalmente responsable del incidente ocurrido el 22 de octubre de 1946, cuando dos destructores británicos sufrieron la explosión de minas colocadas en aguas territoriales albanesas, con el resultado de daños a los buques y pérdida de vidas humanas. Albania presentó una excepción preliminar, planteando que el Reino Unido no podía incoar un procedimiento válido ante la Corte sin un compromiso judicial previo entre ambos Estados.

El Gobierno de Albania había depositado en la Secretaría de la Corte una carta del 2 de julio de 1947 en la que decía que la solicitud del Reino Unido no se ajustaba a la recomendación del Consejo de Seguridad del 9 de abril de 1947 (someter de inmediato la controversia a la Corte, de conformidad con las disposiciones de su Estatuto) ya que ni la Carta de las Naciones Unidas ni el Estatuto justificaban incoar un procedimiento mediante una solicitud unilateral. La carta decía también que el Gobierno de Albania estaba dispuesto, pese a la irregularidad cometida por el Reino Unido, a comparecer ante la Corte. Más aun, Albania manifestaba allí “su aceptación de la competencia de la Corte en el presente caso”.

La Corte consideró que esa carta constituía una aceptación voluntaria de su competencia y una renuncia al planteo de inadmisibilidad de la solicitud. Recordó que el consentimiento de las partes confiere competencia a la Corte y que “no tiene que expresarse necesariamente de una forma determinada”. Además, “al recurrir a la vía de la solicitud, el Reino Unido dio al Gobierno de Albania la ocasión de aceptar la competencia de la Corte, y esa aceptación se dio en la carta albanesa el 2 de julio de 1947”¹⁷. Por estos motivos, rechazó la excepción.

De los fundamentos de la decisión se desprende que, una vez interpuesta una demanda, una actuación separada (como la carta albanesa) puede constituir la aceptación de la competencia de la Corte por el Estado contra quien se hace la solicitud de demanda. Y qué decir si este se presenta en el proceso sin plantear excepciones de competencia o de admisibilidad.

¹⁷CIJ, caso del *Estrecho de Corfú*, excepción preliminar, fallo del 25 de marzo de 1948. Véase ONU, *Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, Nueva York, Naciones Unidas, 1992, pp. 3-4.

Según el Reglamento del Tribunal, cuando el demandante pretenda fundar la competencia de la Corte en un consentimiento todavía no dado o manifestado por el Estado contra quien se haga la solicitud, esta última se transmitirá a ese Estado, pero no será inscrita en el Registro General ni se efectuará ningún acto de procedimiento mientras el Estado contra quien se haga la solicitud no haya aceptado la competencia de la Corte a los efectos del asunto de que se trate (art. 38.5).

En el caso *Ciertos procedimientos penales* (2003), se entendió que Francia aceptó expresamente la competencia de la Corte mediante una carta, de fecha 8 de abril de 2003, que el ministro de Relaciones Exteriores francés dirigió al Secretario de la Corte¹⁸. La demanda había sido presentada el 9 de diciembre de 2002.

18.14. Decisión de la Corte sobre su jurisdicción

Dice el artículo 36.6 del Estatuto que “en caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá”. Ahí aparece enunciado el principio llamado “competencia de la competencia”, que se traduce en que el Tribunal de La Haya está plenamente facultado para decidir sobre su propia jurisdicción cuando haya disputa entre las partes al respecto.

La CIJ se ha pronunciado al respecto en el caso *Nottebohm* (excepción preliminar) diciendo que el artículo 36.6 simplemente adoptó con respecto a la Corte una regla aceptada consistentemente por el Derecho Internacional general en materia de arbitraje internacional. Desde el caso *Alabama*, ha sido generalmente reconocido, siguiendo los precedentes anteriores, que, “en ausencia de cualquier acuerdo en contrario, un tribunal internacional tiene el derecho de decidir su propia jurisdicción y tiene el poder de interpretar con este propósito los instrumentos que rigen la jurisdicción”¹⁹.

18.15. Procedimiento

a) Con arreglo al artículo 40.1 del Estatuto, los casos serán incoados ante la Corte mediante notificación del compromiso o mediante solicitud escrita dirigida al Secretario.

¹⁸CIJ, *Ciertos procedimientos penales en Francia (República del Congo c. Francia)*, providencia del 17 de junio de 2003, párr. 6. También Francia aceptó la competencia de la Corte, por aplicación del principio de *forum prorogatum*, en el caso *Auxilio judicial en materia penal (Djibouti c. Francia)*, incoado en 2008.

¹⁹CIJ, *Reports*, 1953, p. 119.

Cuando el procedimiento sea incoado mediante una solicitud, esta debe indicar la parte que hace la presentación, el Estado contra quien se propone la demanda y el objeto de la controversia, así como los fundamentos del demandante para considerar competente a la Corte y la naturaleza precisa de lo demandado, conteniendo también una exposición sucinta de los hechos y fundamentos en que se basa la demanda, según el artículo 38, párrafos 1 y 2, del Reglamento de la Corte. Si el procedimiento es incoado mediante la notificación de un compromiso, esta notificación puede ser hecha conjuntamente por las partes o por una de ellas (art. 39.1 del Reglamento).

La facultad de la Corte para adoptar “las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes” se halla reconocida en el artículo 41.1 del Estatuto. Se ordenarán de oficio o a instancia de parte en cualquier momento en el curso del procedimiento y deben ser inmediatamente notificadas a las partes y al Consejo de Seguridad²⁰.

Las partes estarán representadas por agentes y podrán tener consejeros o abogados. El procedimiento consta de dos fases: una escrita y otra oral. Si el procedimiento es incoado mediante una solicitud, los alegatos escritos consistirán en una memoria del demandante y una contramemoria del demandado. Podrá autorizarse o disponerse la presentación de una réplica por el demandante y de una dúplica por el demandado si las partes están de acuerdo al respecto o si la Corte decide, de oficio o a instancia de parte, que tales alegatos escritos son necesarios.

La memoria deberá contener una exposición de los hechos en que se basa la demanda, los fundamentos de Derecho y las conclusiones, mientras que la contramemoria contendrá el reconocimiento o la negación de tales hechos, una exposición adicional de hechos, si procede, observaciones sobre los fundamentos jurídicos expuestos en la memoria, una exposición de fundamentos jurídicos en respuesta y las conclusiones. La réplica y la dúplica no repetirán los argumentos ya vertidos sino que apuntarán a poner de relieve los puntos que todavía separan a las partes. Todo documento presentado por una de las partes en apoyo de los argumentos formulados en sus alegatos escritos será comunicado a la otra, por conducto del Secretario de la Corte, mediante copia certificada.

b) Cualquier excepción a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la solicitud, o cualquier otra excepción con respecto a la cual el demandado pide que la Corte se pronuncie antes de continuar el procedimiento sobre el fondo, deberá presentarse por escrito lo antes posible, y a más tardar en el plazo de tres meses a partir de la presentación de la memoria (art. 79.1 del Reglamento). La oposición

²⁰Artículos 73.1 y 75.1 del Reglamento y artículo 41.2 del Estatuto.

de excepciones suspenderá el procedimiento sobre el fondo. Por lo general, es el demandado quien plantea excepciones, pero podrá hacerlo incluso el demandante²¹. Si la Corte rechaza la excepción, o decide que no tiene un carácter exclusivamente preliminar, fijará los plazos para la continuación del procedimiento.

Solo es admisible una demanda reconvenicional si entra en el ámbito de competencia de la Corte y tiene conexión directa con la demanda de la otra parte. Se formulará en la contramemoria.

c) El artículo 54.1 del Reglamento de la Corte establece: “Una vez cerrado el procedimiento escrito, el asunto queda listo para la vista”. Las vistas serán públicas, salvo que se disponga lo contrario o las partes pidan que no se admita al público (art. 46 del Estatuto). Si la Corte hubiera determinado que las partes pronuncien sus alegatos antes de la recepción de los medios de prueba, podrán después comentar las pruebas presentadas. Los testigos y peritos serán interrogados por los agentes, consejeros o abogados de las partes bajo la autoridad del Presidente, quien podrá hacerles preguntas, al igual que los jueces. Y si la Corte considera necesario proceder a una investigación o a un peritaje, dictará una providencia a ese efecto, luego de oír a las partes. Una vez que las partes hayan completado la presentación de su caso, el Presidente declarará terminada la vista, retirándose la Corte a deliberar (art. 54 del Estatuto).

d) Otras tres cuestiones merecen atención. La primera es la contemplada en el artículo 53.1 del Estatuto: cuando una de las partes no comparece o se abstiene de defender su caso, la otra parte podrá pedir a la Corte que decida a su favor. El texto habla de las partes, pero el comportamiento descrito cabe más bien al demandado. Antes de dictar su decisión, la Corte ha de asegurarse no solo de que tiene competencia de acuerdo con las disposiciones de los artículos 36 y 37 del Estatuto, sino también de que la demanda esté bien fundada en cuanto a los hechos y al Derecho (art. 53.2).

La segunda está referida a la intervención de un tercero: “Si un Estado considerare que tiene un interés de orden jurídico que pueda ser afectado por la decisión del litigio, podrá pedir a la Corte que le permita intervenir” (art. 62.1 del Estatuto), debiendo la Corte decidir al respecto.

²¹Si el procedimiento es incoado por compromiso podrá hacerlo cualquiera de los litigantes. Por otro lado, en el caso del *Oro amonedado sacado de Roma en 1943*, Italia, luego de haber incoado el procedimiento mediante solicitud, mostró ciertas dudas respecto de la competencia de la Corte y le pidió que decidiera sobre esta cuestión con carácter preliminar. La Corte llegó a la conclusión de que tenía competencia para conocer de la solicitud. CIJ, fallo del 15 de junio de 1954.

La mayoría de las solicitudes de intervención se ha presentado en controversias relativas a la delimitación de espacios marinos, pues en ese tipo de litigios aumenta la probabilidad de afectación de intereses de terceros Estados (Remiro Brotóns et al., 2010).

La tercera cuestión es el desistimiento, posibilidad contemplada en los artículos 88 y 89 del Reglamento de la Corte. Ambas partes pueden, conjunta o separadamente, notificar por escrito al Tribunal que están de acuerdo en desistir del procedimiento, y si este fue incoado por solicitud y desiste el demandante cuando el demandado ya hubiera realizado algún acto procesal la Corte fijará un plazo dentro del cual el demandado podrá declarar si se opone al desistimiento. Si hay oposición, continuará el procedimiento.

Una buena cantidad de casos se cerró por desistimiento, lo que demuestra que el procedimiento judicial resulta útil como estímulo de la negociación en paralelo de las partes (Remiro Brotóns et al., 2010, p. 654).

18.16. La sentencia y su interpretación o revisión

Todas las decisiones de la Corte se toman por mayoría de votos de los magistrados presentes, y en caso de empate decide el voto del Presidente o de quien lo reemplace (art. 55 del Estatuto).

El fallo será motivado, y si no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de ellos tiene derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente (art. 57).

“La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido” (art. 59). El fallo es definitivo e inapelable, pero en caso de desacuerdo sobre su sentido o alcance la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, según lo previsto en el artículo 60 del Estatuto.

La demanda de revisión de un fallo debe estar basada en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pide la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia (art. 61.1). La solicitud deberá formularse dentro de los seis meses después de descubierto el hecho nuevo, pero no podrá pedirse la revisión una vez transcurrido el término de diez años desde la fecha del fallo, según lo estipulado en los párrafos 4 y 5 del artículo 61.

En el caso relativo a la *Plataforma continental (Túnez c. Jamahiriya Árabe Libia)*, la Corte advirtió que para la admisibilidad de una solicitud de revisión no bastaba

que el hecho nuevo aducido le hubiera permitido, de haberse conocido, ser más específica en su decisión; debía tratarse de “un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo”²². Hubo un pronunciamiento en igual sentido, en el año 2003, en el caso de la *Disputa fronteriza entre El Salvador y Honduras*²³.

18.17. La competencia consultiva

En el capítulo sobre las organizaciones internacionales vimos qué dice la Carta de las Naciones Unidas acerca de las opiniones consultivas a solicitar a la Corte.

Ahora bien, el artículo 65.1 del Estatuto de la Corte no obliga a esta a emitir opiniones consultivas, ya que solamente dice que podrá emitir las. La propia Corte ha subrayado repetidamente que el Estatuto deja a su discreción el hecho de dar o no la opinión consultiva solicitada, pero también ha puntualizado que, en principio, no debería denegarse la solicitud, porque la respuesta del Tribunal representa su participación en las actividades de la Organización.

En la opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares*, el Tribunal reiteró que las cuestiones planteadas en términos jurídicos y que susciten problemas de Derecho Internacional son por su misma naturaleza susceptibles de obtener una respuesta basada en el Derecho. Aclaró incluso, a propósito de lo planteado por la Asamblea General, que el hecho de “que en esta cuestión haya también aspectos políticos, como, por la naturaleza de las cosas, ocurre con tantas cuestiones que surgen en la vida, no basta para privarla de su carácter de ‘cuestión jurídica’” (párr. 14).

Según lo dispuesto por el artículo 65.2 del Estatuto, “las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte mediante solicitud escrita, en que se formule en términos precisos la cuestión respecto de la cual se haga la consulta”.

La Corte pronunciará sus opiniones consultivas en audiencia pública, previa notificación al Secretario General de las Naciones Unidas y a los representantes de los Estados miembros, de los otros Estados y de las organizaciones internacionales directamente interesados (art. 67 del Estatuto).

²²CIJ, solicitud de revisión y de interpretación del fallo en el caso relativo a la *Plataforma continental*, párrs. 11 a 40.

²³CIJ, solicitud de revisión del fallo de 11 de septiembre de 1992 en el caso concerniente a la *Disputa fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador c. Honduras)*, fallo de 18 de diciembre de 2003, párr. 58.

En la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte observó que la falta de consentimiento a la jurisdicción contenciosa de la Corte por parte de los Estados interesados no tiene relación alguna con su jurisdicción para emitir una opinión consultiva (párr. 47).

En el marco de la solicitud de opinión consultiva sobre el Sáhara Occidental, España sostuvo que el tema planteado era sustancialmente idéntico al de una controversia relativa a dicho territorio que Marruecos, en septiembre de 1974, le había invitado a someter conjuntamente a la Corte, propuesta a la que se había negado, por lo que la opinión consultiva se utilizaba para evadir el principio de que el Tribunal no es competente para resolver una controversia sin el consentimiento de las partes. La Corte consideró que la Asamblea General, aun tomando nota de que había surgido una controversia jurídica en torno al Sáhara Occidental, no pretendía someter al Tribunal esa controversia con miras al subsiguiente arreglo pacífico sino que trataba de obtener una opinión consultiva que le permitiera ejercer sus funciones respecto a la descolonización del territorio; de modo que la posición de España no podía quedar comprometida por las respuestas a las cuestiones planteadas²⁴.

El Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Livingstone Sewanyana, considera que debería facultarse a la Corte Internacional de Justicia a emitir opiniones consultivas sin que se lo pidan la Asamblea General o el Consejo de Seguridad²⁵.

²⁶ Hemos visto ya que el artículo 33.1 de la Carta obliga a las partes en una controversia cuya continuación pudiera poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales a tratar de buscarle solución mediante los medios de arreglo pacífico allí enumerados. Y el párrafo 2 de ese artículo establece que “el Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios”.

El Consejo de Seguridad también está facultado para investigar toda controversia, “o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (art. 34).

²⁴ CIJ, opinión consultiva sobre el Sáhara Occidental, 16 de octubre de 1975, párrs. 23 a 74.

²⁵ Informe presentado en el 51° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, 12 de septiembre a 7 de octubre de 2022, párr. 63.

²⁶ El papel del Consejo de Seguridad y la Asamblea General en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas

Estos términos sugieren que una situación puede ser una controversia en estado latente o al menos un estado de cosas susceptible de generar roces. La finalidad de la norma parece ser la de permitir que el Consejo de Seguridad reúna elementos para prevenir el agravamiento de la controversia o situación, en el marco del Capítulo VI.

El artículo 35 faculta a todo Estado miembro de las Naciones Unidas a llevar cualquier controversia o situación de la naturaleza expresada en el artículo 34 a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General. Un Estado que no es miembro de la Organización también tiene la misma facultad, con respecto a toda controversia en que sea parte, si acepta de antemano, en lo relativo a la controversia, las obligaciones de arreglo pacífico establecidas en la Carta. El procedimiento a seguir por la Asamblea General con respecto a los asuntos que sean llevados a su atención quedará sujeto a las disposiciones de los artículos 11 y 12 de la Carta.

Con arreglo al artículo 36, el Consejo de Seguridad podrá, en cualquier estado en que se encuentre una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, o una situación de índole semejante, recomendar los procedimientos de arreglo que sean apropiados. Deberá tomar en cuenta todo procedimiento que las partes hayan adoptado para el arreglo de la controversia, y al hacer recomendaciones deberá también tomar en consideración que las controversias de orden jurídico, por regla general, han de ser sometidas a la Corte Internacional de Justicia²⁷.

El artículo 37 establece que si las partes en una controversia de la naturaleza definida en el artículo 33 no logran arreglarla por los medios allí indicados, la someterán al Consejo de Seguridad, y si este estimare que la continuación de la controversia es realmente susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales “decidirá si ha de proceder de conformidad con el artículo 36 o si ha de recomendar los términos de arreglo que estime apropiados”. La Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales reafirma lo dispuesto en dicho artículo 37.

Estas disposiciones requieren una aclaración: si bien se habla genéricamente de los medios indicados en el artículo 33, va de suyo que quedan excluidos los que implican una decisión obligatoria, como el arbitraje o el arreglo judicial, porque la sentencia arbitral o la sentencia de la CIJ constituyen en sí mismas la solución de la controversia.

²⁷ Así, por ejemplo, en la controversia entre el Reino Unido y Albania a la que nos hemos referido más arriba (al abordar el principio de *forum prorogatum*) el Consejo de Seguridad recomendó a las partes que sometieran la controversia a la Corte.

El artículo 38 cierra el Capítulo VI diciendo que, “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 33 a 37, el Consejo de Seguridad podrá, si así lo solicitan todas las partes en una controversia, hacerles recomendaciones a efectos de que se llegue a un arreglo pacífico”.

18.18. El recurso a organismos o acuerdos regionales

Los miembros de las Naciones Unidas que sean partes en acuerdos regionales o que constituyan organismos regionales, “harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de tales acuerdos u organismos regionales antes de someterlas al Consejo de Seguridad”. Esto dice el artículo 52.1 de la Carta, mientras que el párrafo 3 del mismo artículo pone el foco en el Consejo de Seguridad señalándole el deber de promover el desarrollo del arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de tales acuerdos u organismos regionales, procediendo por propia iniciativa o a iniciativa de los Estados interesados. Y el artículo 52.4 deja a salvo la aplicación de los artículos 34 y 35.

A su vez, la Carta de la OEA estipula que “las controversias internacionales entre los Estados miembros deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica señalados en esta Carta”, pero “esta disposición no se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con los artículos 34 y 35 de la Carta de las Naciones Unidas” (art. 24). Cuando se suscite entre dos o más Estados americanos una controversia que, en opinión de uno de ellos, no pueda ser resuelta por los medios diplomáticos usuales, las partes deben convenir en cualquier otro procedimiento pacífico que les permita llegar a una solución (art. 26).

Cabe señalar, por último, que el tratado especial de que habla el artículo 27 de la Carta de la OEA (que establezca los medios adecuados para resolver las controversias y determine los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios pacíficos) no es otro que el Pacto de Bogotá.

Regresar al Sumario

19. Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

19.1. Prohibición del uso de la fuerza

Los miembros de las Naciones Unidas, 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 la Organización (art. 2.4). Es una de las obligaciones más importantes que impone la Carta y a la vez forma parte del Derecho Internacional consuetudinario, según ha confirmado la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nicaragua*. Su carácter de norma imperativa de Derecho Internacional general (*ius cogens*) no se discute.

La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional refuerza lo anterior al afirmar que la “amenaza o el uso de la fuerza constituye una violación del Derecho Internacional y de la Carta y no se empleará nunca como medio para resolver cuestiones internacionales”. Afirma además que “una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad”.

La Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales (1987) subraya que el principio de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza “es universal en su carácter y obligatorio para todos los Estados, cualesquiera que sean su sistema político, económico, social o cultural o sus relaciones de alianza”¹.

En el Derecho Internacional clásico existía el derecho a recurrir a la fuerza (*ius ad bellum*), que estaba ínsito en la soberanía y aparecía como un medio de autotutela de los derechos del Estado. En el siglo XVI la Escuela Española de Derecho Internacional introdujo la noción de *guerra justa*, en un intento por limitar el recurso a la guerra a los casos en que hubiera una causa justa. Sin embargo, esta concepción cambió con el tiempo para justificar una guerra injusta por sus causas con el argumento de que

¹Aprobada el 18 de noviembre de 1987 como Anexo de la resolución 42/22 de la Asamblea General.

no dejaba de ser lícita si era decidida por un príncipe soberano y estaba precedida de una declaración de guerra (Pastor Ridruejo, 2013, p. 619).

En la Convención de La Haya de 1899 ya aparece el compromiso de las potencias signatarias de “emplear todos sus esfuerzos para asegurar la resolución pacífica de las diferencias internacionales” (art. 1). La Convención de La Haya de 1907 utiliza términos similares en el primero de sus artículos: “Para evitar en lo posible la apelación a la fuerza en las relaciones entre los Estados, las potencias contratantes convienen en emplear todos sus esfuerzos para asegurar el arreglo pacífico de las controversias internacionales”.

El Pacto de la Sociedad de Naciones no proscribió el uso de la fuerza, pero sus miembros no podían recurrir a la guerra sin antes acudir a los medios de solución previstos en el Pacto y esperar que transcurriera el plazo fijado allí, posterior al fallo arbitral o judicial o al informe del Consejo, sin que la otra parte cumpliera el fallo o el informe (arts. 11 a 15).

En 1928 se firmó el Tratado general de renuncia a la guerra, conocido como Pacto Briand-Kellog. Tras proclamar en el preámbulo que actuaban “con el sentimiento profundo del deber que les incumbe de promover el bienestar de la humanidad”, las partes declaran solemnemente, en nombre de sus respectivos pueblos, que condenan el recurso a la guerra para la solución de las controversias internacionales y que renuncian a él como instrumento de su política nacional.

En 1933 se firmó el Tratado Antibélico de No Agresión y de Conciliación (Pacto Saavedra Lamas). Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay y Uruguay lo firmaron, condenando las guerras de agresión en sus relaciones mutuas y con otros Estados y declarando que el arreglo de los conflictos o divergencias de cualquier clase no deberá realizarse sino por los medios pacíficos que consagra el Derecho Internacional. Se adhirieron otros Estados americanos, así como potencias extracontinentales.

En el preámbulo del tratado constitutivo de la ONU, los pueblos de las Naciones Unidas se muestran “resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles”. Las generaciones venideras todavía esperan que ese compromiso se cumpla.

“La paz es la promesa central de la Carta de las Naciones Unidas y uno de los principales bienes públicos globales para cuyo suministro se creó la Organización”, dice “Nuestra Agenda Común” (párr. 88). Los riesgos para la paz y la seguridad van en aumento: gracias a las nuevas tecnologías, son más los que tienen la capacidad

de perturbar la estabilidad mundial; los acuerdos sobre armas nucleares y otras armas de destrucción masiva suscritos hace mucho tiempo son cada vez más frágiles, porque las grandes potencias cada vez confían menos unas en otras, y están surgiendo ámbitos que pueden dar lugar a conflictos o conductas al margen de la ley, como el ciberespacio, “lo que ha puesto de manifiesto ciertas lagunas en nuestra arquitectura de gobernanza”, reseña el mismo párrafo de ese informe.

19.2. Alcance de la prohibición

El alcance del artículo 2.4 de la Carta ha sido materia de discusión. ¿El término “fuerza” hace referencia solo a la fuerza armada o comprende otras formas de coerción, como la económica o la política? Las iniciativas en pro de una interpretación extensiva del término no prosperaron, pero sí tuvieron eco en relación con el principio de no intervención², como ya hemos visto. Por otro lado, el preámbulo de la Declaración sobre el mejoramiento de la eficacia del principio de la abstención de la amenaza o de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales reafirma “el deber de los Estados de abstenerse, en sus relaciones internacionales, de ejercer coerción militar, política, económica o de cualquier otra índole contra la independencia política o la integridad territorial de otro Estado”.

Una interpretación literal del artículo 2.4 lleva a plantear que si el recurso a la amenaza o al uso de la fuerza armada no es contra la integridad territorial o la independencia política de un Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas no caería dentro de la prohibición que establece la norma. Desde esta perspectiva, podría invocarse la necesidad de hacer que se cumpla un propósito de las Naciones Unidas (como proteger los derechos humanos, por ejemplo) para que el uso de la fuerza estuviera justificado o sostenerse, incluso, que la protección a nacionales en peligro quedaría justificada bajo la invocación del estado de necesidad, o en el marco de una interpretación extensiva de la legítima defensa (Mársico, 2015, p. 839).

Por otro lado, una cosa es que los Estados decidan actuar sin autorización del Consejo de Seguridad, invocando razones humanitarias, y otra muy distinta que el propio Consejo autorice el uso de la fuerza. En eso consiste la principal diferencia

²En la Conferencia de San Francisco hubo una propuesta brasileña orientada a incluir la coerción económica, y en el Comité Especial de la Asamblea General que preparó la Declaración de Principios las delegaciones africanas, asiáticas, latinoamericanas y socialistas pretendían incluir las presiones políticas y económicas, pero la oposición de los países occidentales impidió que prosperaran, logrando ubicar las medidas de coerción que no impliquen el uso de la fuerza armada en el ámbito del principio de no intervención.

entre la intervención humanitaria y la intervención militar con fines de protección humana en el marco de la responsabilidad de proteger.

La Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional precisa el contenido del principio bajo análisis diciendo que los Estados tienen el deber de abstenerse de propaganda a favor de las guerras de agresión, así como de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para violar fronteras internacionales de otro Estado o como medio de resolver controversias internacionales, incluyendo las controversias territoriales y fronterizas, o para violar las líneas internacionales de demarcación, tales como las líneas de armisticio. También tienen el deber de abstenerse de actos de represalia que impliquen el uso de la fuerza³, junto con el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado, deber que está estrechamente ligado con el de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de esos actos, cuando impliquen recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza.

La resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General define la agresión y menciona, sin carácter exhaustivo, diversos actos de agresión, aclarando que el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad (art. 2). Esto no significa que un acto de los mencionados en esa resolución que, a criterio del Consejo de Seguridad, no sea lo suficientemente grave para calificar como agresión no constituya un uso ilícito de la fuerza.

Hay que tener en cuenta también que aquella Declaración afirma el deber de todo Estado de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que implique privar a un pueblo de su derecho de libre determinación.

19.3. Excepciones a la prohibición del uso de la fuerza

Existen algunas excepciones a la prohibición del uso de la fuerza, puesto que el artículo 42 de la Carta faculta al Consejo de Seguridad a aplicar medidas coercitivas que impliquen el uso de la fuerza armada y el artículo 51 reconoce el derecho de legítima defensa. En virtud del artículo 53.1, es procedente además la aplicación

³El término “represalias” ha sido sustituido en instrumentos posteriores por el de “contramedidas”.

de medidas coercitivas por organismos regionales con autorización del Consejo de Seguridad.

Sin perjuicio de ello, se advierte que la prohibición del artículo 2.4 de la Carta está dirigida a los Estados, por lo que el pueblo de un territorio puede tomar las armas en apoyo de su derecho de libre determinación (Swinarski, 1991, p. 23). Este tipo de conflicto armado se encuentra comprendido entre los conflictos armados internacionales, según el artículo 1.4 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949.

19.4. Legítima defensa

Según el artículo 51, ninguna de las disposiciones de la Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

¿Por qué la Carta caracteriza como inmanente el derecho de legítima defensa? La idea que subyace es que se trata de un derecho cuyo fundamento trasciende la Carta. No es solo de origen convencional, porque también forma parte del Derecho Internacional consuetudinario, como ha remarcado la Corte en el caso *Nicaragua*. Por ende, existe desde antes que la Carta se adoptara y todos los Estados lo tienen, sean o no miembros de las Naciones Unidas.

¿Qué constituye un ataque armado? De conformidad con la resolución 3314 (XXIX), la invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar que resulte de tal invasión o ataque, así como toda anexión de territorio de otro Estado mediante el uso de la fuerza constituyen ataque armado, lo mismo que el bombardeo del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado, o el empleo de cualquier tipo de armas por un Estado contra el territorio de otro Estado, o el ataque de las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas (terrestres, navales o aéreas) de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea. El bloqueo de puertos y costas constituirá ataque armado si se traduce en el corte de todas las rutas de comunicación y de este modo sus efectos son similares a los de la invasión. También la utilización de fuerzas

armadas extranjeras en violación del acuerdo con el Estado receptor, en virtud del cual se hallan presentes en el territorio de este último, o la prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo constituirán ataque armado si producen efectos similares a los de una invasión u ocupación (Barboza, 2010, p. 258).

El ataque armado indirecto se configura cuando un Estado permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por este para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado, o cuando un Estado envía bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que realizan actos de fuerza de tal gravedad que sean equiparables a los ya mencionados, o tiene una participación sustancial en dichos actos.

Barboza (2010) hace notar que en esta última modalidad de ataque indirecto las bandas en cuestión “generalmente adoptan la forma de guerrillas y en lugar de un ataque frontal que pudiera considerarse el ‘ataque armado’ del artículo 51 ejercitan una serie de ataques menores”. Sin embargo, la acumulación de esos actos puede también configurar un ataque armado (p. 258).

En el caso *Nicaragua*, la CIJ sostuvo que por “ataque armado” podía entenderse no solo acciones emprendidas por fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional sino también el envío por un Estado de bandas armadas al territorio de otro Estado, si esa operación, por su escala y efectos, se hubiera calificado como un ataque armado en caso de ser ejecutada por fuerzas armadas regulares. La Corte citó la definición de la agresión contenida en la resolución 3314 (XXIX) como una expresión del Derecho consuetudinario en la materia.

En cambio, en ese mismo caso se consideró que el concepto de ataque armado no incluía la asistencia a rebeldes en forma de suministro de armas o apoyo logístico o de otra índole, como el apoyo financiero, si bien se dejó en claro que dichas actividades constituían un uso ilegal de la fuerza y equivalían a una intervención en los asuntos de Nicaragua⁴. Y también el fallo descartó que otros usos menores de la fuerza, como los incidentes fronterizos, constituyeran ataque armado. En definitiva, para la Corte solo los usos más graves de la fuerza pueden considerarse incluidos en esa categoría. Ahora bien, es posible que los “incidentes de frontera” u otros usos menores de la fuerza se reiteren. En tal caso, “es concebible que su acumulación equivalga, por su gravedad y por las consecuencias que puede acarrear, a un acto único que pueda equipararse a un ataque armado justificativo de la legítima defensa” (Barboza, 2010, p. 259).

⁴CIJ, sentencia del caso *Nicaragua*, párr. 195.

Si el ataque no proviene de otro Estado sino de un actor no estatal es válido preguntarse si es aplicable el artículo 51 de la Carta. El Consejo de Seguridad aprobó la resolución 1368 (2001) reconociendo en uno de los párrafos de su preámbulo el derecho inmanente de legítima defensa. Esta resolución condena enérgicamente los ataques del 11 de septiembre de 2001 y expresa que el Consejo de Seguridad está dispuesto a tomar todas las medidas que sean necesarias para responder a tales ataques terroristas y “combatir el terrorismo en todas sus formas, con arreglo a las funciones que le incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas”. Además, uno de los párrafos del preámbulo de la resolución 1373 (2001), aprobada el 28 de septiembre de ese año, reafirma el derecho inmanente de legítima defensa “reconocido en la Carta de las Naciones Unidas y confirmado en la resolución 1368 (2001)”.

En la opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte sostiene que en el artículo 51 de la Carta se reconoce la existencia de un derecho inmanente de legítima defensa en caso de ataque armado de un Estado contra otro, pero que el Estado de Israel no alega que los ataques dirigidos contra él sean imputables a un Estado extranjero. Señala también que Israel ejerce el control del territorio palestino ocupado y que la amenaza por la que considera justificada la construcción del muro proviene de dentro, no de fuera, de ese territorio. En consecuencia, la situación es diferente de la contemplada en las resoluciones del Consejo de Seguridad 1368 (2001) y 1373 (2001), “razón por la cual Israel no puede en ningún caso invocar esas resoluciones para apoyar su argumentación de que está ejerciendo su derecho de legítima defensa”⁵.

La legítima defensa admite un ejercicio individual o colectivo. En el caso *Nicaragua*, la CIJ concluyó que en el Derecho Internacional consuetudinario, ya fuera el general o el particular del sistema jurídico interamericano, no existía una norma que permitiera el ejercicio de la legítima defensa colectiva sin la petición previa del Estado víctima del presunto ataque⁶. Hay que recordar que los Estados Unidos alegaron que *Nicaragua* apoyaba activamente a grupos armados que operaban en algunos de los países vecinos, en particular El Salvador, en forma de suministro de armas. Por eso, los Estados Unidos invocaban haber ejercido el derecho de legítima defensa colectiva en beneficio de El Salvador, pero la Corte, por amplia mayoría de votos, rechazó el argumento.

Aquella norma de la Carta sobre el derecho de legítima defensa es invocada en instrumentos como el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), cuyo artículo 3.1 establece que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado Americano será considerado contra todos los Estados Americanos

⁵CIJ, *Reports*, 2004, párr. 139.

⁶Sentencia del 27 de junio de 1986 sobre el fondo del asunto en el caso *Nicaragua*, párr. 201.

y, en consecuencia, cada uno de ellos “se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual y colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”. El Tratado de Washington (1949), constitutivo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), contiene una previsión similar.

19.5. Condiciones del ejercicio de la legítima defensa

a) El ejercicio del derecho de legítima defensa está sujeto a ciertas condiciones, entre ellas la necesidad y la proporcionalidad. El sometimiento de la legítima defensa a esas condiciones es una norma del Derecho Internacional consuetudinario, conforme señala la CIJ en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*⁷, en la que cita el caso de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* para reiterar que la legítima defensa solo justificaría medidas proporcionales al ataque armado y necesarias para responder a él, como exige una norma bien establecida del Derecho Internacional consuetudinario⁸.

La necesidad implica que el uso de la fuerza resulta el único medio al que puede recurrir el Estado atacado para detener el ataque. Es posible usar la fuerza en legítima defensa no solo en el propio territorio sino también en territorio del Estado atacante, y “es allí donde mejor se advierte, por ejemplo, la importancia del factor necesidad”, porque “no sería lícito llegar al extremo de atacar un territorio ajeno si no fuera estrictamente necesario para la propia defensa, siendo que la necesidad del uso de la fuerza parece como implícita cuando se trata de defenderse en el propio territorio” (Barboza, 2010, p. 256).

Según un criterio cualitativo, la proporcionalidad implica que la respuesta del Estado atacado sea la adecuada en función de los objetivos de la legítima defensa, que son repeler el ataque y desactivarlo. Otro criterio, cuantitativo, relaciona la respuesta con el ataque previo, en cuanto a su intensidad y los medios empleados. De acuerdo con aquel criterio, una acción en legítima defensa podría alcanzar proporciones que no se correspondan necesariamente con las del ataque sufrido. Cualquiera sea el enfoque que se adopte, la respuesta del Estado atacado no ha de configurar excesos que desnaturalicen el sentido de la acción defensiva.

Si bien la CIJ consideró en su momento que, habida cuenta de la situación actual del Derecho Internacional, no podía “pronunciarse definitivamente sobre la licitud

⁷CIJ, opinión consultiva sobre *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, párr. 41.

⁸CIJ, *Reports*, 1986, p. 94, párr. 176.

o ilicitud de la utilización de las armas nucleares por un Estado en circunstancias extremas de legítima defensa, en las que su propia supervivencia correría peligro”⁹, hay que tener en cuenta que el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares, adoptado el 7 de julio de 1968, ha entrado en vigor el 22 de enero de 1969, siendo hasta el presente 68 los Estados partes.

b) Debe haber inmediatez entre el desarrollo del ataque armado y la acción defensiva, porque, de lo contrario, no habría legítima defensa sino represalias armadas, prohibidas por el artículo 2.4 de la Carta y la Declaración de Principios de 1970. Con respecto a este requisito, se observa que la respuesta no necesariamente ha de concretarse en el acto sino que puede producirse dentro de un lapso razonable, incluso de varias semanas (Mársico, 2015, p. 835).

c) Además, el ejercicio del derecho de legítima defensa debe ser provisional. Por eso, las medidas tomadas serán comunicadas de inmediato al Consejo de Seguridad y la respuesta armada debe cesar en cuanto el Consejo haya tomado las medidas necesarias para cumplir su responsabilidad primordial

19.6. Legítima defensa preventiva

El Grupo de alto nivel para las amenazas, los desafíos y el cambio ha puntualizado que, “según un principio de derecho internacional bien establecido, el Estado amenazado puede recurrir a la acción militar siempre que la amenaza de agresión sea inminente, no haya otro modo de impedirla y la acción sea proporcional”¹⁰.

El Secretario General de las Naciones Unidas ha puesto de manifiesto que “las amenazas inminentes están plenamente previstas en el Artículo 51” y que “los juristas han reconocido hace tiempo que esto abarca tanto un ataque inminente como un ataque ya ocurrido”. Ha puntualizado también que “cuando las amenazas no son inminentes sino latentes, la Carta concede autoridad plena al Consejo de Seguridad para hacer uso de la fuerza militar, inclusive de manera preventiva, para preservar la paz y la seguridad internacionales”, agregando que “la tarea no consiste en encontrar alternativas al Consejo de Seguridad como fuente de autoridad, sino en lograr que el Consejo funcione mejor”¹¹.

⁹CIJ, Opinión consultiva sobre *Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, párrs. 96 y 97.

¹⁰Informe *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos* (2004), párr. 188.

¹¹Informe *Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos* (2005), párrs. 124-126.

19.7. El sistema de seguridad colectiva

a) El Capítulo VII de la Carta establece un sistema de seguridad colectiva cuyo órgano de aplicación es el Consejo de Seguridad, el cual determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas se tomarán de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (art. 39).

A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer recomendaciones o decidir medidas, podrá instar a las partes interesadas a cumplir las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Estas medidas no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes, y el Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de ellas (art. 40). El cese del fuego es una medida provisional, lo mismo que el retiro de tropas.

Las medidas coercitivas han de adoptarse de manera escalonada o gradual, comenzando con las que no impliquen el uso de la fuerza, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones, así como la ruptura de las relaciones diplomáticas (art. 41). Si el Consejo de Seguridad estima que las medidas adoptadas para hacer efectivas sus decisiones pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales, lo cual puede comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas de miembros de las Naciones Unidas (art. 42).

b) Los intereses contrapuestos de las dos superpotencias durante la Guerra Fría se tradujo en una parálisis de funcionamiento del órgano a cargo de la responsabilidad primordial de mantener o restablecer la paz y la seguridad en el mundo.

En todo ese período encontramos escasos antecedentes de medidas coercitivas en aplicación del artículo 41, entre ellos la resolución 181 (1963), que además de pedir al Gobierno de Sudáfrica que abandonara su política de *apartheid* y discriminación racial y pusiera en libertad a todas las personas encarceladas, internadas o sometidas a otras restricciones por su oposición a esa política, pidió a todos los Estados que interrumpieran la venta y envío de armas, municiones y vehículos militares a Sudáfrica, y la resolución 182 (1963), que pidió a todos los Estados que pusieran fin inmediatamente a la venta y expedición de equipos y de materiales destinados a la fabricación o conservación de armas en Sudáfrica.

En la guerra entre Irán e Irak (1980-1988), el Consejo de Seguridad solo adoptó

medidas provisionales.

c) El 2 de agosto de 1990, Irak invadió Kuwait y el Consejo de Seguridad, invocando actuar de conformidad con los artículos 39 y 40 de la Carta, determinó que a causa de esa invasión existía un quebrantamiento de la paz, condenó la invasión y exigió que el Irak retirase “inmediata e incondicionalmente todas sus fuerzas a las posiciones en que se encontraban el 1° de agosto de 1990”¹². Cuatro días después, ante el incumplimiento de la resolución 660 (1990) y “actuando de conformidad con el Capítulo VII de la Carta”, decidió que todos los Estados impidieran la importación a sus territorios de productos originarios de Irak o Kuwait, exportados desde estos países después de la fecha de la resolución, así como la venta o suministro por sus nacionales o desde sus territorios de cualquier tipo de productos o bienes, incluidas las armas y cualquier otro tipo de equipo militar, pero excluidos los suministros con fines médicos y los alimentos¹³. De este modo, el cuerpo aplicó medidas que no implicaban el uso de la fuerza armada, actuando de conformidad con el artículo 41.

La resolución 665 (1990) autorizó un bloqueo naval para asegurar la efectividad del embargo comercial decidido con anterioridad, y el 29 de noviembre de 1990 el Consejo de Seguridad, “actuando con arreglo al Capítulo VII de la Carta”, autorizó a los Estados miembros que cooperaban con el Gobierno de Kuwait para que, a menos que el Irak cumpliera hasta el 15 de enero de 1991 las resoluciones anteriores, utilizaran “todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990) y todas las resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región”¹⁴. Esto dio lugar a la formación de una *coalition of the willing* (coalición de voluntarios) de la que participó una treintena de Estados.

El uso de la fuerza armada quedó implícitamente comprendido en esa autorización a utilizar “todos los medios necesarios”, pero la medida coercitiva autorizada no resultó una aplicación combinada de los artículos 42 y 43 al no existir las fuerzas armadas puestas a disposición del Consejo de Seguridad de las que habla el artículo 43. Por otro lado, la dirección estratégica de las fuerzas participantes no quedó bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, contrariándose así el espíritu del Capítulo VII.

Ahora bien, “si se parte de la premisa de que los artículos 42 y 43 no deben necesariamente interpretarse de manera conjunta, sino que es posible separarlos, la

¹²Resolución 660 (1990).

¹³Resolución 661 (1990).

¹⁴Resolución 678 (1990), párr. 2. El siguiente párrafo pedía a todos los Estados que proporcionasen apoyo adecuado para las medidas que se adoptaran en el marco de la resolución.

Resolución 678 (1990) constituye una aplicación autónoma del artículo 42” (Mársico, 2015, p. 832). En definitiva, parecía que el “nuevo orden mundial”, cuyo advenimiento fue anunciado entonces, había llegado también al sistema de seguridad colectiva para darle la vida que no había tenido antes.

d) Sin embargo, el multilateralismo quedó de lado debido al unilateralismo de los Estados Unidos, como se vio en 2003 cuando, a pesar del clamor multitudinario de los pueblos del mundo en favor de la paz, Washington decidió invadir y ocupar Irak con un argumento que más tarde se demostró inexistente. Nuevamente se formó una coalición liderada por Estados Unidos, con el Reino Unido y España como principales aliados, pero esta vez no hubo el respaldo legal de una autorización del Consejo de Seguridad.

A fines del año siguiente, el Grupo de alto nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio dio a conocer su informe en el que remarca que “con demasiada frecuencia las Naciones Unidas y sus Estados Miembros han discriminado en su respuesta a las amenazas a la seguridad internacional”. A renglón seguido el informe propone comparar la rapidez con que reaccionaron las Naciones Unidas a los atentados del 11 de septiembre de 2001 con sus acciones frente a un acontecimiento mucho más sangriento: entre abril y mediados de julio de 1994, durante 100 días, Ruanda sufrió todos los días el equivalente de tres atentados del 11S, en un país cuya población es 36 veces menor que la de Estados Unidos. Dos semanas después de comenzado el genocidio, el Consejo de Seguridad retiró del país la mayoría de sus contingentes de mantenimiento de la paz. “Cuando por fin autorizó una nueva misión para Ruanda, seis semanas después de comenzado el genocidio, pocos Estados ofrecieron enviar soldados. La misión se desplegó cuando el genocidio ya se estaba acabando”¹⁵.

“Nuestras instituciones de seguridad colectiva no deben limitarse a afirmar que una amenaza contra uno es una amenaza contra todos, sino que también deben obrar en consecuencia”, comenta el párrafo 43 del informe.

La segunda década del siglo XXI ha estado signada por el conflicto armado en Siria, que estalló en 2011, y otros conflictos. El 1 de julio de 2020, en el marco de la pandemia de COVID-19 y expresando grave preocupación por su efecto devastador en todo el mundo, especialmente en los países asolados por conflictos armados, los que se encuentran en situaciones de post-conflicto o los afectados por crisis humanitarias, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución 2532 (2020) exigiendo “el cese general e inmediato de las hostilidades en todas las situaciones de las que se ocupa” y apoyando “los esfuerzos realizados por el Secretario General y sus Representantes y

¹⁵Informe citado en la nota 14, párr. 41

Enviados Especiales a ese respecto”.

e) El uso del veto por parte de la Federación de Rusia el 26 de febrero de 2022 para bloquear una resolución copatrocinada por 82 Estados que exigía el cese inmediato del ataque de ese país a Ucrania y la retirada de sus tropas, “es muy sintomático del nivel de disfunción del órgano más poderoso de la arquitectura de las Naciones Unidas y subraya la necesidad urgente de reformarlo”, destaca el párrafo 50 del informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo presentado en 2022.

19.8. El sistema de seguridad colectiva y los organismos regionales

El artículo 53.1 de la Carta dispone que el Consejo de Seguridad utilizará los acuerdos u organismos regionales, “si a ello hubiere lugar, para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad”, pero no se aplicarán tales medidas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad, al que se debe mantener “plenamente informado de las actividades emprendidas o proyectadas de conformidad con acuerdos regionales o por organismos regionales con el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales” (art. 54).

El 24 de marzo de 1999, fuerzas de la OTAN iniciaron bombardeos contra objetivos serbios en Kosovo. Esta acción fue justificada por la mayoría de los países de la OTAN con el argumento de que existía una “autorización implícita”¹⁶. Sin embargo, en los debates en el Consejo de Seguridad, China y Rusia dejaron sentada su posición opuesta a esta postura. Y el Secretario General se manifestó en el mismo sentido¹⁷.

Distinto fue el panorama en el caso de Libia. Esta vez el Consejo de Seguridad, mediante la resolución 1973 (2011), autorizó a los Estados miembros, actuando a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales, a adoptar todas las medidas para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estuvieran bajo amenaza de ataque, incluida Benghazi, “aunque excluyendo el uso de una fuerza de ocupación extranjera de cualquier clase en cualquier parte del

¹⁶El Consejo de Seguridad aprobó diversas resoluciones sobre la situación en Kosovo. En la resolución 1199 (1998) mostró su preocupación por el uso indiscriminado de la fuerza por parte de Serbia y determinó que el deterioro de la situación constituía una amenaza a la paz y la seguridad de la región, exigiendo el cese de las hostilidades. A su vez, un proyecto de resolución copatrocinado por Rusia, que condenaba el uso de la fuerza al margen del Consejo, fue votado en contra por doce miembros, incluida la Argentina, entonces miembro no permanente.

¹⁷Memoria anual sobre la labor de la Organización. Doc. A/54/1 (1999), párr. 66.

territorio libio”. De modo que la acción militar (bombardeos) desplegada por la OTAN quedó cubierta por la decisión del Consejo.

19.9. Operaciones de mantenimiento de la paz

a) El 3 de noviembre de 1950, la Asamblea General resolvió que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir su responsabilidad de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales¹⁸.

En 1956 se estableció la Fuerza Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas (UNEF) para actuar en la crisis del canal de Suez. Fue la primera operación de mantenimiento de la paz (OMP). Algunos años después la Corte Internacional de Justicia aceptó la legitimidad de las operaciones de mantenimiento de la paz establecidas por la Asamblea General, aunque no se basó para ello en la resolución 377 (V) sino en otras razones; adujo, concretamente, que la UNEF no fue creada para actuar con fines coercitivos y que se había instalado “con el consentimiento de las naciones interesadas”¹⁹. En esa opinión consultiva sobre *Ciertos gastos de las Naciones Unidas*, la Corte llegó a la conclusión de que el establecimiento de la UNEF no constituía una acción coercitiva bajo el Capítulo VII, “la cual, de acuerdo con la Carta, sólo puede ser autorizada por el Consejo de Seguridad”. De esto se desprende que, para la Corte, la adopción de una medida coercitiva es una potestad exclusiva del Consejo de Seguridad.

La segunda OMP, la Operación de las Naciones Unidas en el Congo (ONUC), fue establecida en 1960 por el Secretario General, por mandato del Consejo de Seguridad. De ahí en más, a partir de un acuerdo político adoptado en 1962, las OMP han sido establecidas por el Consejo de Seguridad.

b) Las OMP no están previstas en el tratado constitutivo de la ONU. De ahí que Dag Hammarskjöld, Secretario General entre 1953 y 1961, las ubicó en el “Capítulo VI y medio” de la Carta. La existencia de las OMP se explica sobre la base de los poderes implícitos de la Organización, o como un desarrollo constitucional de la

¹⁸Resolución 377 (V), “Unión pro Paz”.

¹⁹CIJ, *Reports*, 1962, p. 71.

Carta en función de los propósitos de las Naciones Unidas (Consigli y Valladares, 1997, p. 25), y se presenta como una alternativa realista, si bien de alcance limitado, al Capítulo VII de la Carta ante la parálisis del sistema de seguridad colectiva (Casanovas y Rodrigo, 2013, p. 430).

El informe *Un Programa para la Paz* (1992) define el término *peace-keeping* (mantenimiento de la paz) como “el despliegue de una presencia de las Naciones Unidas en el terreno, hasta ahora con el consentimiento de todas las partes concernidas, normalmente involucrando personal militar de las Naciones Unidas y/o personal policial y frecuentemente civiles además”²⁰.

En la doctrina, Cardona Llorens (2003) precisa que las OMP son actividades operacionales, no coercitivas, llevadas a cabo por un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, que tienen por función la prevención de conflictos, el restablecimiento de la paz, el mantenimiento de la paz y/o la consolidación de la paz (p. 772).

c) Hay que distinguir las OMP de las misiones de observación, que están integradas principalmente por personal militar y cuyo mandato consiste en verificar y supervisar la cesación del fuego, informando al respecto a las Naciones Unidas. La primera misión de este tipo fue el Organismo de las Naciones Unidas para la Vigilancia de la Tregua en el Oriente Medio (ONUVT), establecido en 1948. Le siguió el Grupo de Observadores Militares de las Naciones Unidas en la India y el Pakistán (UNMOGIP), instalado en el terreno en enero de 1949.

d) Los contingentes nacionales que participan en las OMP visten el uniforme de su país más el casco o la boina azul de las Naciones Unidas y una insignia. Por eso se les conoce como *cascos azules*.

e) El Secretario General dirige las operaciones, generalmente a través de un representante especial. En 2007 fue creado, en el ámbito de la Secretaría, el Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno, que se encarga de la planificación, el despliegue y la prestación de apoyo a las OMP y viene a sumarse al Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, responsable de la supervisión estratégica y la orientación en cuanto a la política operacional (ONU, 2012, p. 29).

En 2014 el Secretario General encargó a un Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz que hiciera un examen amplio de tales operaciones e indicara la manera en que se podría mejorar su eficacia, eficiencia y capacidad de

²⁰Informe *Un Programa para la Paz*. Doc. A/47/277, párr. 20.

respuesta. Teniendo en cuenta las recomendaciones formuladas por el Grupo²¹, el Secretario General presentó a su vez un nuevo informe²².

En su resolución 74/277, aprobada el 18 de junio de 2020, la Asamblea General tomó nota del informe del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz presentado en 2018, haciendo suyas las propuestas, recomendaciones y conclusiones que figuran en el capítulo V del informe²³. En opinión del Comité, “las operaciones de mantenimiento de la paz no eliminan la necesidad de abordar las causas profundas de los conflictos”, que “deben encararse de forma coherente, bien planificada, coordinada y exhaustiva utilizando instrumentos políticos, sociales y de desarrollo”²⁴.

En su siguiente informe, el Comité Especial insiste una vez más en que es importante que las OMP tengan mandatos, objetivos y estructuras de mando claramente definidos, recursos suficientes basados en una evaluación realista de la situación y una financiación asegurada para apoyar actividades encaminadas a resolver conflictos por medios pacíficos, subrayando que las faltas de conducta del personal de mantenimiento de la paz son inaceptables y haciendo hincapié en que la disciplina y la conducta adecuadas de dicho personal, conforme a las normas y reglamentos oficiales de las Naciones Unidas, son fundamentales para mantener la eficacia operacional, y en que los daños a la reputación causados por esas faltas influyen directamente en la credibilidad y eficacia de la misión y en la seguridad y bienestar de las poblaciones a proteger. Reconoce también la importancia de clarificar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, así como los principios básicos que rigen las OMP, para que el personal de mantenimiento de la paz pueda entender cómo la ejecución de las tareas que tiene encomendadas se relaciona con esos ámbitos del Derecho y actúe en consecuencia, señalando la importancia de la estrategia ambiental de las misiones de las Naciones Unidas sobre el terreno²⁵. La Asamblea General ha hecho suyas las propuestas, recomendaciones y conclusiones

²¹A/70/95-S/2015/446.

²²Informe titulado “El futuro de las operaciones de paz de las Naciones Unidas: aplicación de las recomendaciones del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las operaciones de paz”. A/70/357-S/2015/682.

²³Informe del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, período de sesiones sustantivo de 2018. Doc. A/74/19.

²⁴Párrafo 26 del capítulo V del informe.

²⁵Informe del Comité Especial de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, aprobado en el período de sesiones sustantivo del Comité que tuvo lugar en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York del 15 de febrero al 12 de marzo de 2021. Doc. A/75/19.

del Comité Especial que figuran en el capítulo V de su informe²⁶.

f) Si nos atenemos a los términos de la resolución 2086 (2013) del Consejo de Seguridad, cabe distinguir entre operaciones tradicionales y operaciones multidimensionales.

Las operaciones tradicionales “principalmente vigilan el alto el fuego”, según destaca esa resolución. Se trata de operaciones que se despliegan una vez finalizado el conflicto, con un componente militar mayoritario, con la finalidad básica de instalar en el terreno una fuerza de interposición que evite la reanudación de las hostilidades. No incluyen la autorización del uso de la fuerza, salvo en legítima defensa. La Fuerza de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz en Chipre (UNFICYP) o la Fuerza de las Naciones Unidas de Observación de la Separación en el Golán Sirio (FNUOS) valen como ejemplo.

En las operaciones multidimensionales, el conflicto en cuyo marco son desplegadas ya no es uno de carácter interestatal, como en las operaciones tradicionales, sino un conflicto armado interno, que en algunos casos presenta el carácter de un conflicto internacionalizado. Son operaciones complejas desplegadas con el propósito de fortalecer las instituciones, prestar asistencia humanitaria, organizar y supervisar elecciones, etc. En definitiva, “tratan de realizar tareas de consolidación de la paz y hacer frente a las causas profundas de los conflictos”, como dice aquella resolución. La Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en Haití (MINUSTAH, 2004), la Misión de las Naciones Unidas en el Sudán (UNMIS, 2005) y la Misión de Estabilización de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUSCO, 2010) pertenecen a esta clase. En las OMP multidimensionales el componente civil es muy importante, lo mismo que la participación de policías y voluntarios de las Naciones Unidas. Y en algunas de estas operaciones, las Naciones Unidas asumieron en forma transitoria la administración de un territorio, como ha ocurrido en Kosovo y Timor Oriental²⁷.

También se observa que en ciertas operaciones multidimensionales el uso de la fuerza no solo está autorizado en ejercicio de la legítima defensa (es decir, en respuesta a un ataque dirigido contra los *cascos azules*) sino también en defensa del mandato. Así, el mandato de la MONUSCO incluye asegurar la protección efectiva de los civiles, el personal humanitario y los defensores de los derechos humanos, “que se encuentren en peligro inminente de sufrir violencia física, en particular violencia

²⁶Resolución 25/281, aprobada el 24 de mayo de 2021.

²⁷Resoluciones 1244 (1999) y 1272 (1999) del Consejo de Seguridad.

ejercida por cualquiera de las partes implicadas en el conflicto”²⁸. Estas operaciones se establecen en el marco del Capítulo VII de la Carta.

La resolución 2086 (2013) hace notar que el Consejo de Seguridad puede encomendar a las misiones multidimensionales de mantenimiento de la paz las siguientes funciones, entre otras: a) contribuir a la seguridad básica con miras a establecer un sector de la seguridad que responda a las necesidades de la población; b) habilitar a los gobiernos nacionales para concebir y desarrollar los programas de desarme, desmovilización y reintegración; c) apoyar el fortalecimiento de las instituciones del Estado de Derecho del país de acogida; d) disponer una respuesta rápida con miras al desminado, la asistencia a las víctimas de minas, la reducción de los riesgos y la eliminación de las existencias de minas; e) apoyar la consolidación de la paz y los procesos políticos inclusivos; f) ayudar a establecer las condiciones de seguridad necesarias para facilitar la prestación de ayuda humanitaria; g) contribuir a la protección de los derechos humanos; h) proteger a los civiles, especialmente a los que estén en riesgo de sufrir violencia física; i) cooperar con los organismos, fondos y programas de las Naciones Unidas para ayudar a formular políticas, planes y estrategias de reducción de la pobreza; j) apoyar la participación de las mujeres en la prevención y la solución de los conflictos y la consolidación de la paz.

Es muy importante destacar otros puntos que pone de resalto aquella resolución, como la necesidad de dotar a las OMP de mandatos claros, convincentes y factibles, acompañados de recursos suficientes, así como la importancia de desplegar personal de mantenimiento de la paz que cuente con competencias profesionales, adiestramiento, experiencia y excelencia y respete la política de las Naciones Unidas de tolerancia cero con las faltas de conducta, razón por la cual se alienta a los Estados que aportan contingentes y fuerzas de policía a que sigan aportando personal militar y de policía profesional con los conocimientos y la experiencia necesarios para ejecutar los mandatos de las operaciones multidimensionales, incluidos conocimientos lingüísticos adecuados. La resolución destaca la importancia de que, cuando se establezcan o prorroguen los mandatos, se incluyan disposiciones sobre promoción de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer²⁹ en las situaciones posteriores a los conflictos, y sobre los niños y los conflictos armados, con medidas como el nombramiento de asesores en cuestiones de género, asesores y expertos en protección de la mujer y asesores sobre protección de los niños.

²⁸Resolución 1925 (2010).

²⁹La resolución 1325 (2000) ha reafirmado el importante papel que juegan las mujeres en la prevención y solución de conflictos y en la consolidación de la paz. También lo han hecho las resoluciones 1820 (2008), 1888 (2009), 1889 (2009), 1960 (2010), 2106 (2013) y 2122 (2013).

Hay que destacar, por otro lado, que ya en la resolución 1327 (2000) el Consejo de Seguridad reconoce “la importancia crítica de que las operaciones de mantenimiento de la paz tengan, según sea apropiado y dentro de sus mandatos, una capacidad de disuasión convincente” y destaca la importancia de que las Naciones Unidas estén en condiciones de desplegar rápidamente una OMP tras la aprobación por el Consejo.

g) La cooperación entre las Naciones Unidas y las organizaciones regionales también se aprecia en materia de operaciones de mantenimiento de la paz. Se han establecido marcos de cooperación entre las Naciones Unidas y la Unión Africana, la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental, la Unión Europea, la Liga de los Estados Árabes, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Organización de los Estados Americanos, la Organización del Tratado del Atlántico Norte y otras organizaciones³⁰.

h) También existen misiones políticas y de consolidación de la paz, que son dirigidas por el Departamento de Asuntos Políticos de la Secretaría de las Naciones Unidas. La resolución 75/100, aprobada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2020, reconoce “la importante función de las misiones políticas especiales como mecanismo flexible para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en particular mediante su contribución a un enfoque amplio de consolidación y sostenimiento de la paz”.

19.10. La seguridad humana

En 1994, el Informe del PNUD *Nuevas Dimensiones de la Seguridad Humana* introdujo el término “seguridad humana”. El informe señaló siete ámbitos relacionados con el concepto: seguridad económica, seguridad alimentaria, seguridad en la salud, seguridad medioambiental, seguridad personal, seguridad comunitaria y seguridad política.

Con la finalidad de definir un marco concreto para la aplicación del nuevo concepto de seguridad, la Comisión de la Seguridad Humana, establecida en 2001 y presidida por Sadako Ogata y Amartya Sen, publicó su informe *La seguridad humana ahora* (2003).

En 2004 se estableció la Dependencia de Seguridad Humana en el ámbito de la Secretaría de las Naciones Unidas para incorporar dicho concepto en las actividades de la Organización. El impulso siguió con la afirmación contenida en el Documento

³⁰Informe *El futuro de las operaciones de paz de las Naciones Unidas: aplicación de las recomendaciones del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz*, párrs. 28-32.

Final de la Cumbre Mundial 2005: “Todas las personas, en particular las que son vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano”³¹. Ahí aparecen las dos libertades básicas inherentes a la seguridad humana: *freedom from fear* (libertad frente al miedo) y *freedom from want* (libertad frente a la necesidad). A ello se puede agregar la “libertad para vivir en dignidad”³².

En 2008 comenzó en la Asamblea General un debate temático oficioso para cumplir el mandato de la Cumbre Mundial 2005 de examinar y definir el concepto de seguridad humana³³. El primer informe del Secretario General sobre seguridad humana, que subraya el valor añadido del concepto³⁴, se conoció en marzo de 2010.

El 10 de septiembre de 2012 la Asamblea General aprobó por consenso la resolución 66/290, aprobando un entendimiento común sobre la seguridad humana basado en lo siguiente: a) el derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación. Todas las personas, en especial las más vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y de la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano; b) la seguridad exige respuestas centradas en las personas, exhaustivas, adaptadas a cada contexto y orientadas a la prevención que refuercen la protección y el empoderamiento de todas las personas y comunidades; c) la seguridad humana reconoce la interrelación de la paz, el desarrollo y los derechos humanos, y tiene en cuenta igualmente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; d) el concepto de seguridad humana es distinto de la responsabilidad de proteger y su aplicación; e) la seguridad humana no entraña la amenaza o el uso de la fuerza ni medidas coercitivas; tampoco sustituye a la seguridad del Estado; f) puesto que las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales de la seguridad humana varían considerablemente entre los países y dentro de ellos, así como en diferentes momentos, la seguridad humana refuerza las soluciones nacionales compatibles con la realidad local; g) siguen recayendo en los gobiernos la función y la responsabilidad primordiales de asegurar la supervivencia, los medios de subsistencia y la dignidad de sus ciudadanos, mientras que la función de la comunidad internacional consiste en complementar la labor de los gobiernos y proporcionarles el apoyo necesario, cuando lo soliciten, para fortalecer su capacidad de responder a las amenazas actuales e

³¹Doc. A/RES/60/1, párr. 143.

³²Mencionada en la propuesta final sobre la reforma de las Naciones Unidas del entonces Secretario General, Kofi Annan.

³³Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, párr. 143.

³⁴Doc. A/64/701.

incipientes; h) la seguridad humana debe hacerse efectiva respetando los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

La complejidad y la interrelación de las antiguas y las nuevas amenazas -que van desde la pobreza crónica y persistente hasta los conflictos violentos, la trata de personas, el cambio climático, las pandemias y las crisis económicas y financieras- revelan nuestra vulnerabilidad común frente a un creciente riesgo de amenazas de amplia difusión e intersectoriales que pueden propagarse rápidamente en los países y a través de ellos, desembocando en una crisis de más difícil resolución; ante ello, “la seguridad humana subraya la necesidad de contar con una nueva estructura que combine los programas de paz y seguridad, desarrollo y derechos humanos de manera más eficaz, eficiente y orientada a la prevención” (ONU, 2015, p. 3).

Los derechos humanos y la seguridad humana se refuerzan mutuamente, ya que esta última “ayuda a identificar los derechos que están en juego en una situación determinada, y los derechos humanos ayudan a contestar la pregunta: ¿cómo se puede promover la seguridad humana?”³⁵.

Por último, cabe destacar que el proyecto de Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz (2019), elaborado por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) y al que se han adherido numerosas organizaciones de la sociedad civil, entre ellas la Red Federal de Estudios sobre el Derecho Humano a la Paz, de Argentina, incorpora el derecho a la seguridad humana como uno de los elementos constitutivos del derecho humano a la paz (art. 6).

19.11. La paz como derecho habilitante

En su informe titulado “Repensar la paz y la seguridad mundial: un orden internacional democrático y equitativo amenazado” (2022), el Experto Independiente Livingstone Sewanyana hace foco en el “carácter central del derecho internacional y la paz para la salvaguardia del orden internacional” y destaca que en 2016 el Consejo de Derechos Humanos aprobó la Declaración sobre el Derecho a la Paz, cuyo artículo 1 estipula que “toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal manera que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo”. “Por lo tanto, el Consejo reconoció la paz como un derecho habilitante, que es condición previa para el disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos,

³⁵Informe de la Comisión de la Seguridad Humana, *La seguridad humana -ahora*, Nueva York, 2003, p. 9.

sociales y culturales y el desarrollo sostenible”, concluye Sewanyana en el párrafo 13 de su informe.

La Asamblea General aprobó la Declaración sobre el Derecho a la Paz mediante su resolución 71/189, de 16 de diciembre de 2016, y cabe agregar que el artículo 2 de la Declaración guarda relación con el concepto de seguridad humana pues, *inter alia*, señala que los Estados deben “garantizar la liberación del temor y la miseria, como medio para consolidar la paz dentro de las sociedades y entre estas”.

Solo resta decir que si se aprobara un nuevo instrumento internacional reconociendo el derecho humano a la paz como tal, e incorporando en plenitud sus elementos constitutivos, se daría un paso muy importante para reforzar la idea de “derecho habilitante” que aparece en aquel informe. Se trata de una idea que ya está presente en el preámbulo del proyecto de la AEDIDH, en el párrafo que reconoce “que la paz y los derechos humanos tienen una relación simbiótica, pues la paz es condición para la plena realización de otros derechos humanos, y cuando se disfrutan los derechos humanos la consecuencia es la paz”.

Regresar al Sumario

20. Referencias

- Achiron, M. (2008). *Nacionalidad y Apatridia*. ACNUR, Unión Inter-Parlamentaria.
- ACNUR (2006). *Los derechos humanos y la protección de los refugiados*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
- ACNUR (2010). *Protección de los derechos de los apátridas*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
- Akehurst, M. (1972). *Introducción al Derecho Internacional*. Alianza Editorial.
- Almqvist, J. (2012). Reconocimiento de Estados y de gobiernos en R. Arredondo (Dir.), *Manual de Derecho Internacional Público* (pp. 113-138). La Ley.
- Armas Pfirter, F. (2015). La Zona Internacional de los Fondos Marinos en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 671-699).
- Arredondo, R. (Dir.) (2012). *Manual de Derecho Internacional Público*. La Ley.
- Barbé, E. (2015). *Relaciones Internacionales* (3ª. ed.). Tecnos.
- Barberis, J. A. (2000). En torno a la noción del ‘territorio del Estado’ en C. Armas Barea, J. Barberis, J. Barboza, H. Caminos, E. Candiotti, E. de la Guardia, H. Gutiérrez Posse, G. Moncayo, E. Rey Caro y R. Vinuesa (Eds.), *Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María Ruda* (pp. 69-87). Kluwer Law International.
- Barberis, J. A. (2003). *El territorio del Estado y la soberanía territorial*. Ábaco.
- Barboza, J. (2010). *Derecho Internacional Público*. Zavalía Editor.
- Brito, W. (2007). *Direito Diplomático*. Ministerio de Asuntos Exteriores.
- Buergenthal, T. y Murphy, S. (2007). *Public International Law In A Nutshell* (4a. ed.). Thomson West.
- Carpenter, Ch. (2012). *Balance de la Conferencia de Durban: revisión de los principales resultados y camino a seguir*. PNUD.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1995). *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción su estructura, dinámica y funciones*. Tecnos.
- Carrillo Salcedo, J. A. (2001). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*. Tecnos.
- Casado Raigón, R. (2012). *Derecho Internacional*. Tecnos.

- Casanovas, O. y Rodrigo, A. J. (2011). *Compendio de Derecho Internacional Público* (2ª. ed.). Tecnos.
- Cassese, A. (1984). *Il diritto internazionale nel mondo contemporáneo*. Il Mulino.
- Conforti, B. (1995). *Derecho Internacional, edición em español revisada y anotada por R. Vinuesa*. Zavalía Editor.
- Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (1996). *Antártida y el Sistema del Tratado Antártico*. Ediciones Manantial.
- Cot, J. P. y Pellet, A. (1991). *La Chartre des Nations Unies*. Editorial Economica.
- De Faramiñán Gilbert, J. M. (2012). El derecho del espacio ultraterrestre en R. Arredondo (Dir.), *Manual de Derecho Internacional Público* (pp. 580-588). La Ley.
- De la Guardia, E. (1997). *Derecho de los tratados internacionales*. Editorial Ábaco.
- De la Torre, M. (1977). *La Sociedad de Naciones*. Editorial Planeta.
- De la Torre Gómez, H. (2009). La rivalidad de los imperialismos europeos. La emergencia de las nuevas potencias coloniales: Estados Unidos y Jappón en J. C. Pereira (Coord.), *Historia de las relaciones internacionales contemporánea* (2ª. ed., pp. 237-250). Editorial Ariel.
- Del Arenal, C. (1990). *Introducción a las Relaciones Internacionales*. Tecnos.
- Del Arenal, C. (2010). Mundialización, creciente interdependencia y globalización de las relaciones internacionales en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2008. Universidad del País Vasco.
- Del Castillo, L. (2005). *El régimen jurídico del Río de la Plata y su frente marítimo*. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI).
- Delpach, M. (2005). *Carta de las Naciones Unidas (anotada)*. Zavalía.
- Deluca, S. (2013). *El Mercosur tras la suspensión de Paraguay y el ingreso de Venezuela*. Ponderación del Laudo TPR n° 1/2012. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional de la Universidad Complutense de Madrid.
- Diez de Velasco, M. (2005). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (15ª. ed.). Tecnos.
- Drnas de Clément, Z. (2008). *El Principio de Precaución. La práctica argentina*. Lerner.

- Echaide, J. (2012). Otros sujetos del ordenamiento internacional en R. Arredondo (Dir.), *Manual de Derecho Internacional Público* (pp. 293-298). La Ley.
- Espaliú Berdud, C. (2007). *El estatus jurídico de los mercenarios y de las compañías militares privadas en el Derecho Internacional*. Editorial Aranzadi.
- Espósito, C. D. y Arredondo, R. (2012). Otros principios del Derecho Internacional en R. Arredondo (Dir.), *Manual de Derecho Internacional Público* (pp. 443-458). La Ley.
- Faúndez Ledesma, H. (2020). *La competencia de la Corte Internacional de Justicia y el caso Guyana vs. Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana.
- Fernández de Casadevante Romani, C. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (4^a. ed.). Dilex.
- Fernández Reyes, J. (2013). *Los Estados asociados del MERCOSUR*. Revista Vía Iuris, 14, 129-148.
- Fernández Tomás, A. F; Sánchez Legido, A.; Ortega Terol, J. M. y Forcada Barona, I. (2011). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tirant lo Blanch.
- Ferrer Vieyra, E. (1984). *Las Islas Malvinas y el Derecho Internacional*. Depalma.
- Ferrer Vieyra, E. (1995). Admisión de Nuevos Miembros de la Organización en C. Ortiz de Rozas (Coord.), *Contribuciones argentinas a las Naciones Unidas* (pp. 554-562). Comité Nacional de la República Argentina para el 50 ° Aniversario de las Naciones Unidas.
- García Pérez, R. (2009). Del “nuevo orden” de G. Bush al “eje del mal” de G. W. Bush en J. C. Pererira (Coord.), *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas* (2^a. ed., pp. 657-673). Editorial Ariel.
- Gareis, S. B. (2012). *The United Nations. An Introduction*. Palgrave Macmillan.
- Gialdino, R. (2013). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*. Abeledo Perrot.
- González Napolitano, S. (Coord.) (2015). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Erreius.
- González Napolitano, S. y Fellay, M. (2015). Sujetos del Derecho Internacional en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 23-50). Erreius.

- González Napolitano, S. y Vernet, P. M. (2015). Mar territorial en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 567-582). Erreius.
- Gracia, M. B y Fellay, M. (2015). Regiones polares en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 449-465). Erreius.
- Gutiérrez Espada, C. (1981). El vigésimo período de sesiones (1981) de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del Comité del Espacio, *Revista Española de Derecho Internacional* (XXXIII, 2).
- Gutiérrez Espada, C. (1995). *Derecho Internacional Público*. Trotta.
- Gutiérrez Espada, C. (2013). Sobre la imputación o atribución de los hechos internacionalmente ilícitos en el caso de las Organizaciones internacionales en S. Torres Bernárdez, J.C. Fernández Rozas, C. Fernández de Casadevante Romani, J. Quel López y A. G. López Martín (Coords.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI* (pp. 219-234). Iprolex.
- Guyer, R. E. (1992). La Antártida. Su evolución en el siglo XX en C. Armas Barea y J. C. Beltramino (Eds.), *Antártida al iniciarse la década de 1990*. Ediciones Manantial.
- Illanes Fernández, J. (1974). *El Derecho del Mar y sus problemas actuales*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1958). *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*. Escuela de Funcionarios Internacionales.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1961). *Curso de Derecho Internacional Público*. Centro de Estudios de Derecho.
- Jiménez de Aréchaga, E. (1980). *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Tecnos.
- Juste Ruiz, J. (1999). *Derecho Internacional del Medio Ambiente*. Mac Graw Hill.
- Kaufman, J. P. (2013). *Introduction to International Relations: Theory and Practice*. Rowman & Littlefield Publishers.
- Kelsen, H. (1965). *Principios de Derecho internacional público*. El Ateneo.
- Lanús, J. A. (2016). *Repensando Malvinas*. Editorial El Ateneo.
- Lobato Halajczuk, P.; Rosignolo, M. F. y Jarast, F. (2015). Régimen Jurídico del Río de la Plata y su frente marítimo en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 503-521).

- Luard, E. (1994). *The United Nations. How it Works and What it Does* (2a. ed.). Macmillan.
- Mangas Martín, A. (2005). *La sucesión de Estados en M. Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público* (15^a. ed.). Tecnos.
- Maresca, A. (1967). *La Missione Diplomatica*. Giuffré.
- Mársico, O. N. (2015). El uso de la fuerza en las relaciones internacionales en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 825-858). Erreius.
- Martin, A. (1979). *L'Estoppel en Droit International Public*. Editions A. Pedone.
- Meisler, S. (2011). *United Nations. A History*. Grove Press.
- Miguez, A. (2015). Zona contigua y zona económica exclusiva en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 585-600). Erreius.
- Mollar, M. N. (2015). Introducción a la protección internacional del medio ambiente en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 861-891). Erreius.
- Moncayo, G. (1992). Antártida: Condición de los Estados territorialistas en C. Armas Barea y J. C. Beltramino (Eds.), *Antártida al iniciarse la década de 1990*. Ediciones Manantial.
- Moncayo, G. (2000). Mercosur. Orden normativo y realidad en *Liber Amicorum In Memoriam of Judge José María Ruda*. Kluwe Law International.
- Moncayo, G.; Vinuesa, R. y Gutiérrez Posse, H. (1987). *Derecho Internacional Público (Tomo 1)*. Zavalía Editor.
- Musso, J. A. (Coord.) (2017). *Derecho Internacional Público*. Bellas Alas.
- Novak, F. (2013). Las reglas de interpretación de los tratados en S. Torres Bernárdez, J. C. Fernández Rozas, C. Fernández de Casadevante Romani, J. Quel López y A. G. López Martín (Coords.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI* (pp. 151-173). Iprolex.
- ONU (2012). *ABC de las Naciones Unidas*. Siglo veintiuno editores.
- Pastor Ridruejo, J. A. (2013). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos.

- Pereira, J. C. (Coord.) (2008). *Diccionario de relaciones internacionales y política exterior*. Editorial Ariel.
- Pereira, J. C. (Coord.) (2009). *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas* (2ª. ed.), Editorial Ariel.
- Pharand, D. (1979). *The legal status of Artic regions en Recueil des Cours* (Vol. 163).
- Podestá Costa, L. A. y Ruda, J. M (1988). *Derecho Internacional Público*. Tipográfica Editora Argentina.
- Ponce Marrero, J. (2009). Las revoluciones de 1830 y 1848 y su impacto internacional en J. C. Pereira (Coord.), *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas* (pp. 87-106). Editorial Ariel.
- Remiro Brotóns, A. ; Riquelme Cortado, R. ; Orihuela Calatayud, E. ; Díaz-Hochleitner, J. y Pérez-Prat Durban, L. (2010). *Derecho Internacional Curso General*. Tirant lo Blanch.
- Reuter, P. (1976). *Droit International Public*. Presses Universitaires de France.
- Rey Caro, E. J. (2009). La responsabilidad internacional. Reflexiones sobre su evolución en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Cuaderno de Derecho Internacional* (Núm. III, pp. 11-20). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.
- Rey Caro, E. J. (2012). Los aportes argentinos a la evolución del derecho del mar en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Cuaderno de Drecho Internacional* (Núm. V, pp. 103-113). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración.
- Rodríguez, M. C. (2008). Responsabilidad internacional en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre acuíferos transfronterizos en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Cuaderno de Derecho Internacional* (Núm. III, pp. 95-131). Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Piublico y Derecho de la Integración.
- Rodríguez Carrión, A. (2006). *Lecciones de Derecho Internacional Público* (6ª. ed.). Tecnos.
- Rousseau, Ch. (1980). *Droit International Public*. Editions Sirey.

- Sabat, J. M. (2005). Sentencia: Pulau Litigan y Pulau Sipadan en *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (XIV, pp. 153-164). Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- Salvioli, F. (2022). *La edad de la razón*. Investigaciones Jurídicas S. A.
- Sands, P. (1995). *Principles of international environmental law*. Manchester University Press.
- Sorensen, M. (Ed.) (1992). *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica.
- Suy, E. (1962). *Les Actes Juridiques Unilatéraux en Droit International Public*. Bibliothèque de Droit International.
- Swinarski, Ch. (1991). Principales nociones e institutos de Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana. Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Comité Internacional de la Cruz Roja.
- Torre Cuadrada, S. (2012). Los pueblos indígenas en R. Arredondo (Dir.), *Manual de Derecho Internacional Público* (pp. 306-313). La Ley.
- Torres Cazorla, M. I. (2010). *Los actos unilaterales de los Estados*. Tecnos.
- Tripelli, A. (2008). *La Protección Internacional del Medio Ambiente en el siglo XXI. Hacia un Derecho Internacional del Desarrollo*. Lexis Nexis.
- Valladares, G. P. (2017). Introducción al Derecho Internacional Humanitario en J. A. Musso (Coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su aplicación en Argentina* (pp. 407-539). Bellas Alas.
- Valls, M. (2012). *Derecho Ambiental* (2ª. ed.). Abeledo Perrot.
- Verdross, A. (1961). *Derecho Internacional Público*. Aguilar.
- Vernet, P. (2015). La plataforma continental en S. González Napolitano (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 605-616). Erreius.
- Vilar, M. José (2009). De la expansión colonial europea al imperialismo en J. C. Pereira (Coord.), *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas* (2ª. ed., pp. 211-236).
- Vilariño Pinto, E. (2011). *Curso de Derecho Diplomático y Consular* (4ª. ed.). Tecnos.

Villán Durán, C. (2020), *La paz como derecho humano*, *Revista d'Humanitats* (4, 115-137).

Villán Durán, C. (2021). De los derecho humanos al derecho a la paz en Instituto de Estudios para la Paz y Cooperación, *Derechos humanos. De los objetivos de desarrollo del milenio a los objetivos de desarrollo sostenible y la Agenda 2030* (pp. 109-135). Eikasía.

Vinuesa, R. E. (1985). *El conflicto por las islas Malvinas y el derecho internacional*. Editorial del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires.

Regresar al Sumario

21. Anexo

EL ARCHIPIELAGO DE CHAGOS Y SU RELACION CON LAS ISLAS MALVINAS

La reciente declaración efectuada por el Sr. Secretario de Relaciones Exteriores del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, James Cleverly, de dar comienzo a las negociaciones acerca de la soberanía sobre la Isla Mauricio y el archipiélago de Chagos a los efectos de que, a principios del año entrante (2023) el primero devuelva el archipiélago a la segunda, lo que permitiría el retorno de más de dos mil chagocianos y sus descendientes, que fueran desalojados por la fuerza.

Este hecho se vincula directamente en la disputa que por la soberanía de las Islas Malvinas, sus espacios circundantes y las Islas del Atlántico Sur, mantiene nuestro país con el Reino Unido desde que este ocupara, de manera violenta las primeras, allende 1833.

Ello es así toda vez que los argumentos sopesados por los distintos Tribunales Internacionales que intervinieran en el asunto, refieren a la violación al principio de integridad territorial, palabra clave (entre otras) para entender el reclamo de la República Argentina.

ANTECEDENTES HISTORICOS

Las Islas fueron descubiertas por el navegante y explorador portugués Pedro de Mascarenhas en 1512, se mantuvieron deshabitadas hasta 1638 cuando fue colonizada por los neerlandeses que la nombraron Mauricio en honor del príncipe Mauricio de Nassau. Integra las denominadas Islas Mascarenhas.

Debido a cambios climáticos, los ciclones y el deterioro del suelo fértil, los neerlandeses abandonaron las islas algunas décadas después. Los franceses controlaron las mismas durante el siglo XVIII y la nombraron Isla de Francia.

No obstante, a pesar de ganar la batalla de Grand-Port, iniciada el 23 de agosto de 1810 y por la que vencieron a las fuerzas británicas comandadas por Nesbit Willoughby, los franceses fueron derrotados por los británicos al norte de la isla, en Cap Malheureux, un mes después, y el 6 de diciembre de 1810 Mauricio capituló ante el vicealmirante Albemarle Bertie, lo que significó la pérdida de la posesión a favor de los británicos y la posterior reversión de la isla a su nombre antiguo.

En 1888 el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte separa a Mauricio Británico y a Seychelles británico. Por su parte, el archipiélago de Chagos, por su

parte, fue descubierto por el explorador español Diego García de Moguer, en el año 1554, quién bautizó a la Isla mayor, Diego García.

Tras la conquista británica de la India, el archipiélago fue asignado administrativamente a la colonia, quedando bajo soberanía británica, luego de la independencia de la India, en 1947.

Con posterioridad, en el año 1954, el Reino Unido cede a Francia la Isla Tromelin (también llamada islote de los esclavos) un atolón de casi 2 km² olvidado en el Océano Índico y reclamado por Mauricio.

De esta manera, arribamos al año 1965 en el cual el Reino Unido separó el Archipiélago de Chagos de la República de Mauricio (que logra su independencia de la Colonia Británica en el año 1968, sin perjuicio de pertenecer a la Comunidad de Naciones o Commonwealth desde el año 1992).

El objetivo británico fue el de arrendar el archipiélago con fines militares, creando el Territorio Británico en el Océano Índico (o BIOT por sus siglas en inglés) territorio insular británico que comprende, junto con Chagos, unas sesenta islas o islotes tropicales en el océano citado, en el medio de la ruta entre África e Indonesia.

De esta manera arrendó la isla Diego García (la de mayor extensión del archipiélago de Chagos) a los Estados Unidos desde el año 1966 y por un lapso de 50 años. A pesar de que el gobierno colonial de Mauricio estuvo de acuerdo con dicha maniobra en ese momento, los posteriores gobiernos independientes han reclamado esas islas señalando que la separación fue ilegal a la luz del derecho internacional.

En la década de 1960, Estados Unidos se interesa por la isla de Diego García, en concreto en la parte sur del archipiélago, cuya posición estratégica permitió intervenir militarmente en toda la región y controlar las principales rutas marítimas por las que pasaban los hidrocarburos y las materias primas.

Las negociaciones secretas entre el Reino Unido y los Estados Unidos condujeron a un intercambio de cartas en 1966 con estatus de tratado, pero sin la aprobación del Parlamento británico. Londres pone a disposición de Washington la isla Diego García por un período de cincuenta años.

Después de que el gobierno estadounidense exigiera el “control exclusivo” durante las negociaciones, el gobierno británico expulsó gradualmente a los chagosianos (pueblo originario), con prohibición de regresar después de un viaje, restricción del suministro de alimentos y medicinas, envenenamiento y gaseado de todos los perros, etc. En 1973, finalmente los últimos habitantes fueron deportados por barco de carga

a Seychelles y Mauricio.

La República de Mauricio, desde su independencia, viene reclamando recuperar el territorio indicando asimismo que la afirmación británica de que el Archipiélago de Chagos es uno de sus territorios es una violación de la ley y de las resoluciones de las Naciones Unidas. El Reino Unido, por su parte ha declarado que no tiene ninguna duda sobre su soberanía sobre los Chagos, pero, de manera contradictoria, indicó que el archipiélago será devueltos a Mauricio una vez que las islas dejen de ser necesarias para fines de defensa.

A partir del año 2016, la controversia por la soberanía se incrementa a raíz de que el Primer Ministro británico extendiera prohibición de reasentamiento en la isla, forzando al Primer Ministro de Mauricio a llevar la diatriba a la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ).

El 23 de junio del año 2017, la Asamblea Gral. de Naciones Unidas votó, de manera favorable, derivar el conflicto a la competencia de la CIJ a los efectos de aclarar el estatuto jurídico del Archipiélago de las Islas Chagos en el Océano Índico, moción aprobada por 94 votos a favor y 15 en contra (Resolución 72/292 patrocinada por la República Argentina).

El 25 de febrero de 2019, la CIJ emite su opinión consultiva de que la colocación del archipiélago bajo administración británica en 1965 no se basaba en la libre expresión de los habitantes y que, por ello, aconsejaba que el Reino Unido renunciara al archipiélago, incluida la base militar estratégica de los Estados Unidos, para cuyo establecimiento se había deportado a unos 1.500 habitantes.

El gobierno británico rechazó toda jurisdicción del tribunal para deliberar sobre estos asuntos.

El 22 de mayo de 2019, la Asamblea General de las Naciones Unidas votó a favor de fijar un plazo de seis meses para que el Reino Unido se retirara del Archipiélago de Chagos, que luego se reunificaría con Mauricio. La moción fue aprobada por mayoría con 116 votos a favor y 6 en contra. 56 estados, incluyendo Francia y Alemania, se abstuvieron.

El caso sometido a la Corte Internacional de Justicia de La Haya, tuvo origen en dicha controversia que involucra a la población de la Isla de Chagos, a las Islas Mauricio y al Reino Unido, para el cual la Corte Internacional de Justicia intervino a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas, organismo que le formuló las siguientes preguntas: 1) ¿Se completó el proceso de descolonización de Chagos? y 2) ¿Cuáles

son las consecuencias de la continuidad del Reino Unido como administrador en Chagos?.

La respuesta de la CIJ fue contundente en su sentencia, al decir que el caso constituye un supuesto de separación ilícita de un territorio, que se trata de un hecho ilícito internacional continuado que genera responsabilidad internacional, y que el Reino Unido debe poner fin a la administración colonial.

La Corte Internacional de Justicia, órgano de Naciones Unidas, posee una competencia contenciosa y otra consultiva.

La primera se determina ante la pretensión de un estado sobre otro, cuyo pronunciamiento es obligatorio, pudiendo intervenir el consejo de Seguridad de la ONU para el caso de que el fallo no sea acatado por el vencido.

La competencia consultiva, por su parte, no es obligatoria maguer fijar estándares y sirven como diplomacia preventiva. Pueden solicitar las opiniones consultivas (OC) la Asamblea General de ONU, el Consejo de Seguridad (ONU) el Consejo Económico y Social (ONU) la Organización Mundial de la Salud, entre otros.

El principio de integridad territorial junto al de independencia política, constituyen dos pilares básicos de los principios de la Organización de las Naciones Unidas según el artículo 2 de su carta y las sucesivas Resoluciones dictadas por la Asamblea General a partir del año 1960 (vgr. Resoluciones 1514/60, 1541/60 y 2625/70).

Por el primero se determina la obligación de los estados miembros, en sus relaciones internacionales, de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de un estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

La Resolución AGNU 1514/60 (Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales conocida también como la Declaración sobre la Descolonización) proclamó solemnemente la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones, y en este contexto, declaró, entre otras cosas, que todos los pueblos tenían el derecho de libre determinación.

Mediante la “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”, (Resolución 2625/70) la Asamblea General proclamó solemnemente los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, incluido el principio de la “igualdad

de derechos y de la libre determinación de los pueblos”.

En ese principio, se afirma que “el establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquiera otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo”.

Necesario es indicar que La Asamblea General de Naciones Unidas, en el año 1965, aprueba la resolución n° 2066 en la que advierte al Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte y Gales, la prohibición de desmembrar el archipiélago de Chagos del resto de la Isla Mauricio durante el proceso de independencia de esta última.

Esta resolución es la siguiente a la conocida 2065/65, que reconoce el conflicto de soberanía en las Islas Malvinas por la (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la encuadra como una cuestión de colonialismo instando a ambos países a encontrar una solución amistosa en los términos de la Resolución AGNU 1514/60.

Al igual que ocurrió con Malvinas, a lo largo de los años la Asamblea renovó varias veces su llamamiento a que los ingleses terminaran con su ocupación ilegal de Chagos y respetaran la integridad territorial de Mauricio. Y, por supuesto, el Reino Unido tampoco cesó su intervención en las Malvinas del Índico.

¿Porqué Chagos se parece a Malvinas?, porque al igual que Chagos, Malvinas es un territorio usurpado a otro Estado (Argentina), porque en Malvinas se desalojó a la población originaria en 1833, porque en Malvinas hay una población implantada (isleños con ciudadanía británica) que no constituyen un pueblo con derecho a la libre determinación.

Aunque no se trata de una decisión jurisdiccional obligatoria sino de una opinión consultiva, el caso es importante para la Argentina en relación a las Malvinas porque reconoce que el desmembramiento de Chagos violó la integridad territorial de Mauricio y el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

La Corte reafirmó algo que ya había dicho en otros casos: que “la validez del principio de autodeterminación, definida como la necesidad de prestar atención a la voluntad de los pueblos expresada libremente, no se ve afectada por el hecho de que, en ciertos casos, la Asamblea General ha renunciado al requisito de consultar a los habitantes de un territorio dado. Esos casos se basaron en la consideración de que cierta población no constituía un “pueblo” con derecho a la libre determinación”. Esto es justamente lo que ocurre en las Malvinas, desmembradas de las Provincias

Unidas del Río de la Plata en 1833 y cuyo pueblo fue expulsado para ser reemplazado por una población británica implantada.

UN NUEVO ANTECEDENTE

De manera reciente (año 2021) el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, órgano judicial establecido por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Jamaica 1982) y que tiene su sede en Hamburgo, Alemania, sentó un nuevo argumento que fortalece la posición Argentina en su reclamo por la soberanía de las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur.

El Tribunal del Mar, en coincidencia con el fallo de la Corte Internacional de Justicia sostuvo que la República de Mauricio tiene soberanía sobre las islas de Chagos en la disputa con Gran Bretaña.

Lo hizo en ocasión de la disputa por los límites marítimos entre la República de Maldivas y la República de Mauricio que se proyectan sobre dicho archipiélago y en la que se consideró competente y reconoció la pretensión de Mauricio como admisible (acápito 351 del Fallo).

Maldivas objetó que el Tribunal del Mar tenga jurisdicción para resolver esta disputa, en tanto sostuvo que había una cuestión pendiente sobre la soberanía de Chagos en la que el Reino Unido era parte y no estaba siendo consultado.

Por mayoría de ocho a uno de sus miembros, el Tribunal rechazó la pretensión de Maldivas (vs. Mauricio) de considerar al Reino Unido como tercer actor, pues consideró a Mauricio como estado Ribereño con respecto al archipiélago de Chagos a los fines de que se delimite la frontera marítima incluso “antes de que el proceso de descolonización se complete” (cf. OMAR ANTONIO RUIZ, 5 de Febrero de 2021, www.saij.gob.ar).

El fallo fue rechazado por el Reino Unido, reiterando no aventar dudas acerca de su soberanía sobre el Territorio Británico del Océano Índico). Sin embargo la ocupación del Archipiélago fue declarada ilegal y su negativa a cumplir una segunda resolución emanada de un Tribunal internacional (sin perjuicio de que la primera constituya simplemente una OC) podría generar su responsabilidad internacional en los términos de la Resolución AGNU 56/83 del año 2001.

Tanto la OC de la CIJ como el Fallo del Tribunal Internacional de Derecho del Mar constituyen importantes antecedentes para invocarlo en el caso Malvinas, lo que se completa con la decisión del Secretario de Relaciones Exteriores del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de dar comienzo a las negociaciones

acerca de la soberanía sobre la Isla Mauricio y el archipiélago de Chagos.

La solución a la controversia de la soberanía de las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y Shetland del Sur suma dos antecedentes valiosos y sugieren su aplicación por la República Argentina en la disputa mantenida con el Reino Unido, siempre en los términos de las Resoluciones dictadas por la Asamblea Gral. de la ONU 1514/60, 2065/65, 3160/73.

Mg. Pedro José Basbus

Profesor Asociado Cátedra de Derecho Internacional Público
Universidad Católica de Santiago del Estero.

Regresar al Sumario



EDICIONES UCSE

Campus Santiago

Av. Alsina y Vélez Sarsfield, (4200) Santiago del Estero.

☎ +54 (0385) 421 1777

Campus Jujuy

Lavalle 333, (4600) San Salvador de Jujuy.

☎ +54 (0388) 423 6139

Campus Buenos Aires

Rivadavia 573, (1642) San Isidro – Buenos Aires.

☎ +54 (011) 4743 2608

Campus Rafaela

Bv. Hipólito Yrigoyen 1502, (2300) Rafaela – Santa Fe.

☎ +54 (03492) 432 832