

SANTIAGO BENADAVA

6

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

6ª Edición



Editorial Jurídica ConoSur

Santiago Benadiv

Profesor de Derecho Internacional Público en la
Universidad de Chile

DERECHO
INTERNACIONAL
PUBLICO

6ª Edición



Editorial Jurídica Conosur



1-037183 341
Santiago Benadava

Profesor de Derecho Internacional Público de la
Universidad de Chile

B456di

1999

6.º ed.

C-3

DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

6ª Edición



Editorial Jurídica ConoSur



COMPTON: EDITORIAL JURI DE CH

\$ 21.771

Profesor de Derecho Internacional Público de la
Universidad de Chile

11 FNE 2001

DERECHO
INTERNACIONAL
PÚBLICO



Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra

Es propiedad del Autor

© SANTIAGO BENADAVA

Registro de Propiedad Intelectual N° 97.671

I.S.B.N. 956 - 7307 - 02 - 4

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

5ª edición agosto de 1997

6ª edición julio de 1999

© Editada e impresa en los Talleres de Editorial Jurídica ConoSur Ltda.

Fanor Velasco 16. Teléfono: 6955770 - Fax: 6986610

Santiago de Chile

INDICE

LA QUINTA EDICIÓN..... XVII
LAS BIBLIOTECAS GENERALES..... XXVII

CONTENIDO
CAPITULO I
NOCIONES
A la memoria de mi padre (Z. L.)
A mi madre

del derecho internacional.....
del derecho internacional.....
jurídico del derecho internacional.....
y cortesía internacionales.....
nacional privado.....
nacional común y particular.....
No reservado.....

GEN HISTÓRICO Y DE ARCA LO
DEL DERECHO INTERNACIONAL

INDICE

Las fuentes del derecho internacional	1
Concepto del derecho internacional	1
Caracteres del derecho internacional	2
Carácter jurídico del derecho internacional	4
Derecho, moral y cortesía internacionales	5
Derecho internacional privado	5
Derecho internacional común y particular	6
El dominio reservado	7
Prólogo a la sexta edición	XV
Indicaciones bibliográficas generales	XVII

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

Concepto del derecho internacional	1
Caracteres del derecho internacional	2
Carácter jurídico del derecho internacional	4
Derecho, moral y cortesía internacionales	5
Derecho internacional privado	5
Derecho internacional común y particular	6
El dominio reservado	7

CAPITULO II

ORIGEN HISTORICO Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Origen histórico del derecho internacional	9
El desarrollo del derecho internacional	13
Tendencias contemporáneas	14

CAPITULO III

+ LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Concepto	19
El artículo 38 del Estatuto de la Corte	20
Los tratados o convenciones internacionales	21
La costumbre internacional	22
Los principios generales de derecho	27
Los medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho internacional	29
La codificación	33

CAPITULO IV

+ DERECHO DE LOS TRATADOS

Codificación del derecho de los tratados	35
Definición	36
Estructura de los tratados	36
Capacidad para celebrar tratados	37
Plenos poderes	37
Procedimientos para la celebración de tratados	38
Disposiciones chilenas sobre celebración de tratados	42
Registro de los tratados	43
Las reservas	43
Entrada en vigor de los tratados	46
Interpretación de los tratados	47
Efectos de los tratados	49
Nulidad de los tratados	51
Terminación de los tratados	55
La suspensión de la aplicación de los tratados	62
Procedimiento con respecto a la terminación, suspensión o nulidad de un tratado	63

CAPITULO V

+ LOS ACTOS JURIDICOS UNILATERALES

La notificación	65
El reconocimiento	65
La protesta	66
La renuncia	67
La promesa unilateral	67

CAPITULO VI

+ LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

Teorías	69
A. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL PLANO INTERNO.	71
I. <i>La recepción de la norma internacional en el orden interno</i>	71
La recepción del derecho consuetudinario	72
La recepción de los tratados	75
II. <i>Conflicto entre normas internacionales y normas internas</i>	76
Conflicto entre derecho internacional consuetudinario y ley interna	77
Conflicto entre tratado y ley interna	78
B. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.	80
Nota sobre la relación entre "derecho comunitario" europeo y derecho interno	81

LAS FUNCIONES NORMATIVA, JUDICIAL Y EJECUTIVA EN EL PLANO INTERNACIONAL

La función normativa.....	83
La función judicial.....	84
La función ejecutiva.....	87

★ CAPITULO VIII

LOS ESTADOS INDEPENDIENTES O SOBERANOS Y OTROS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

• Los sujetos del derecho internacional.....	91
A. LOS ESTADOS INDEPENDIENTES O SOBERANOS.....	92
Noción de Estado independiente o soberano.....	92
Soberanía y derecho internacional.....	94
Estados federales.....	95
La confederación de Estados.....	96
Estado neutralizado.....	96
Formación de Estados nuevos.....	97
Reconocimiento de Estados.....	98
Reconocimiento de gobiernos.....	102
Identidad y continuidad del Estado.....	103
Extinción de los Estados.....	106
Sucesión de Estados.....	106
B. OTROS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL.....	110
Los Estados dependientes.....	110
La Santa Sede.....	111
Las organizaciones internacionales.....	115

EL TERRITORIO DEL ESTADO

Los espacios del Globo.....	117
Extensión del territorio del Estado.....	117
La delimitación.....	118
La demarcación.....	120
La soberanía o competencia territorial.....	120
Limitaciones de la soberanía territorial.....	121
Facilidades acordadas por un Estado en su territorio que no limitan su soberanía territorial.....	125
Cosoberanía.....	126
La adquisición de territorio.....	127
La doctrina de la proximidad geográfica.....	132
El principio del <i>uti possidetis</i>	133
Reclamaciones históricas.....	134
Las regiones polares.....	134
Controversias limítrofes.....	138

CAPITULO X

★ LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

El principio de la responsabilidad.....	143
Elementos del hecho internacionalmente ilícito.....	144
Crímenes internacionales.....	147
Responsabilidad internacional por actos no prohibidos por el derecho internacional.....	148
Denegación de justicia.....	149
Circunstancias que excluyen la ilegitimidad.....	150
Consecuencias jurídicas del hecho ilícito.....	154
La cesación del acto ilícito.....	154
Las formas de la reparación.....	155
Modos de hacer efectivas las reclamaciones.....	156
Retardo en presentar reclamaciones.....	157

CAPITULO XI

✓ ↗
↘ ✓
PRINCIPIOS BASICOS DE LAS
RELACIONES INTERNACIONALES

La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza	159 ✓
El respeto de la soberanía territorial	160 ✓
El principio de no intervención	161 ✓
La igualdad jurídica de los Estados	162 ✓
La solución pacífica de las controversias	163 ✓
El cumplimiento de buena fe de las obligaciones inter- nacionales	164 ✓
El respeto del honor de los Estados	165 ✓

CAPITULO XII

LA NACIONALIDAD

Concepto	167
Adquisición de la nacionalidad	168
La nacionalidad de la mujer casada	169
Oponibilidad de la nacionalidad	170
Doble nacionalidad	172
Pérdida de la nacionalidad	173
Apatridia	173
Nacionalidad de las sociedades	174
Nacionalidad de los buques y de las aeronaves	175

CAPITULO XIII

LA SITUACION DE LOS EXTRANJEROS

Situación general	177
Daños a extranjeros en casos de guerra civil, revolución o desorden interno	178

Expropiaciones y nacionalizaciones	179
Expulsión de extranjeros	181
• El amparo diplomático y el amparo judicial	182
Amparo de sociedades o compañías	184
La "Cláusula Calvo"	185 ✓

CAPITULO XIV

LA PROTECCION DE LA PERSONA HUMANA EN
EL DERECHO INTERNACIONAL

La humanización del derecho de gentes	187
Beneficiarios y destinatarios de las normas convencionales ..	188
La protección de las minorías nacionales	190
La protección de los refugiados	191
✓ El asilo territorial	192
✓ El asilo diplomático	193

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Carta de las Naciones Unidas	195
La Declaración Universal de los Derechos Humanos	196
Los Pactos sobre Derechos Humanos	197
La Convención Europea para la Protección de los Dere- chos Humanos y Libertades Fundamentales	199
La Corte Europea de Derechos Humanos	200
La Convención Americana sobre Derechos Humanos	202
La Convención contra la Tortura	208
Crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad	209
La prevención y sanción del genocidio	211
La Convención sobre la Eliminación de todas las For- mas de Discriminación Racial	213
La represión del terrorismo	213
La protección internacional del medio ambiente	215

El derecho consuetudinario de los derechos humanos	217
La Corte Penal Internacional	218

★ CAPITULO XV

✓ + LA JURISDICCION DEL ESTADO •

El principio de la territorialidad	220
El principio de la nacionalidad	220
El principio de la protección	221
El principio de la personalidad pasiva	221
El principio de la universalidad	223
Jurisdicción marítima y aérea	224
Enjuiciamiento de una persona traída irregularmente ante los tribunales	225
La extradición	226
Inmunidades de jurisdicción	227

CAPITULO XVI

DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR +

Introducción	231
Los espacios marítimos	233
A. AGUAS INTERIORES	234
Puertos de mar	234
Bahías	235
Aguas situadas al interior de las líneas de base rectas	236
Canales marítimos	236
B. MAR TERRITORIAL	237
Concepto	237
Límite interior	238

Anchura del mar territorial	239
Delimitación	240
Jurisdicción sobre buques	240
El paso inocente	241
C. LA ZONA CONTIGUA	241
D. ESTRECHOS INTERNACIONALES	242
E. LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA	244
La protección de la riqueza marítima	244
Derechos del Estado ribereño en la zona económica exclusiva	246
Anchura	247
Derechos de terceros Estados	247
Conservación y utilización de los recursos vivos	247
Delimitación	248
F. PLATAFORMA CONTINENTAL	248
Concepto geográfico	248
Definición convencional	249
Derechos del Estado ribereño	251
Delimitación	252
Plataforma continental y zona económica exclusiva	253
G. ALTA MAR	254
La libertad de los mares	255
Estados sin litoral	255
Contaminación	256
Jurisdicción sobre buques	256
Casos en que se permite la interferencia de buques extranjeros en alta mar	257
Nacionalidad de los buques	259

H. LOS FONDOS MARINOS SITUADOS FUERA DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES ("LA ZONA")	259
Régimen jurídico	260
La Autoridad	261
I. LOS ESPACIOS MARÍTIMOS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.	262

CAPITULO XVII

RÍOS INTERNACIONALES

Ríos nacionales y ríos internacionales	265
La navegación	265
Utilización de los ríos internacionales para fines distintos de la navegación	267
Comisiones fluviales	268

CAPITULO XVIII

EL ESPACIO AEREO Y EL ESPACIO ULTRATERRESTRE

A. EL ESPACIO AEREO.	271
Situación del espacio aéreo	271
La Convención de Chicago sobre Aviación Civil Internacional	272
El transporte aéreo internacional	275
La OACI y la IATA	276
Jurisdicción sobre aeronaves	277
Represión internacional de la "piratería aérea"	277
B. EL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y LOS CUERPOS CELESTES.	278
El tratado sobre el espacio ultraterrestre	279
El límite del espacio ultraterrestre	280

CAPITULO XIX

LOS ORGANOS DE LAS RELACIONES EXTERIORES

A. EL JEFE DEL ESTADO Y EL JEFE DE GOBIERNO.	281
B. EL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES.	282
C. LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS.	282
Funciones y composición	283
Privilegios e inmunidades	284
Inviolabilidad	285
Inmunidad de jurisdicción	286
Otras prerrogativas	287
Renuncia a la inmunidad de jurisdicción	287
Abusos y violaciones de los privilegios e inmunidades diplomáticos	288
Persona <i>non grata</i>	289
D. LOS CÓNSULES.	289
E. OTROS REPRESENTANTES.	291

CAPITULO XX

LA SOLUCION PACIFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

✓ Controversias internacionales	293
✓ A. MEDIOS POLÍTICOS O DIPLOMÁTICOS.	295
Negociaciones directas	295
Buenos oficios	296
Mediación	296

Investigación	297
Conciliación	299
B. MEDIOS JURÍDICOS	300

EL ARBITRAJE

Historia	301
La competencia de un tribunal arbitral	302
Arbitraje facultativo y arbitraje obligatorio	304
Designación de los árbitros	305
Procedimiento arbitral	305
Derecho aplicable	306
La sentencia arbitral o laudo	306
Cumplimiento de la sentencia	308
La Corte Permanente de Arbitraje	308
Métodos análogos al arbitraje: el "ruling"	309

EL ARREGLO JUDICIAL: LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Partes en el Estatuto de la Corte	312
Jueces de la Corte	312
Salas de la Corte	314
¿Quiénes pueden litigar ante la Corte?	314
Competencia contenciosa de la Corte	315
Procedimiento	321
Incidentes de procedimiento	322
La corruptela de la no comparecencia	324
Derecho aplicable	325
La sentencia	326
Cumplimiento de las sentencias de la Corte	327
Opiniones consultivas	327
La contribución de la Corte al derecho internacional	328

CAPITULO XXI

EL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Situación anterior a la Primera Guerra Mundial	331
Convención Drago-Porter	332
Pacto de la Sociedad de las Naciones	333
Pacto Briand-Kellog	333
Carta de las Naciones Unidas	334
La legítima defensa	335
Medidas coercitivas de carácter armado decididas o autorizadas por el Consejo de Seguridad	338
Protección de la vida de los nacionales e intervención humanitaria	338
¿Qué queda de la autotutela (<i>self-help</i>) en el derecho internacional actual?	339
El caso del Estrecho de Corfú	340

CAPITULO XXII

+ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Concepto y evolución	345
A. PROHIBICIÓN Y LIMITACIÓN DEL EMPLEO DE CIERTAS ARMAS	347
B. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO PROPIAMENTE DICHO.	349
Protección de los heridos y enfermos de los ejércitos	351
Heridos y enfermos en el mar y náufragos	352
Prisioneros de guerra	352
Protección de la población civil	353
Conflictos armados sin carácter internacional	354

La Cláusula Martens	355
Represión de infracciones	356
La Potencia Protectora	358
El Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.)	358
Tribunal Penal Internacional	359

CAPITULO XXIII Z

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

† LAS NACIONES UNIDAS

A. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES	361
B. LAS NACIONES UNIDAS	364
Propósitos y Principios	364
Admisión de nuevos Estados miembros	365
Representación de los Estados miembros	365
Asuntos que están dentro de la jurisdicción interna	366
Organos	367
La Asamblea General	367
El Consejo de Seguridad	369
El Consejo Económico y Social	377
El Consejo de Administración Fiduciaria. Fideicomisos	377
La Corte Internacional de Justicia	378
La Secretaría General	378
Los Organismos Especializados	378
Territorios no autónomos o dependientes. La descolonización	379
Acuerdos regionales	380
Personalidad internacional	381
Personalidad de derecho interno. Inmunidades	381
Reforma de la Carta	382
Primacía de la Carta	382

El presente libro tuvo su origen en los Apuntes de Clases que preparamos para nuestros primeros cursos universitarios. En los años siguientes se publicaron cinco ediciones del libro. La favorable acogida brindada a ellas nos ha inducido a preparar una sexta edición.

Este libro es una introducción al derecho internacional público y está destinado principalmente a los estudiantes universitarios. Por ello nos hemos limitado a seleccionar del frondoso árbol del derecho internacional contemporáneo aquellos capítulos más importantes y de mayor contenido legal. En cada tema hemos tratado de incluir los principios, las normas y los precedentes que nos han parecido más relevantes o ilustrativos. No hemos puesto el mismo énfasis en los debates doctrinales, las referencias históricas y las situaciones jurídicas particulares.

Este es un texto de derecho internacional y no de política internacional o de relaciones internacionales. En él se estudia el marco jurídico de las relaciones entre los Estados. Sin embargo, somos los primeros en admitir que los factores políticos, históricos y económico tienen importancia decisiva en la elaboración de las normas jurídicas y son presupuesto necesario para su adecuada comprensión.

SANTIAGO BENADAVA

PROLOGO A LA SEXTA EDICION	353
Emociones de los autores	353
La Potencia Profetisa	353
El Consejo Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.)	353
El Consejo Internacional de la Cruz Roja	353

CAPITULO XXIX

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES
LAS NACIONES UNIDAS

El presente libro tuvo su origen en los Apuntes de Clases que se prepararon para nuestros primeros cursos universitarios. En los años siguientes se publicaron cinco ediciones del libro. La favorable acogida recibida a ellas nos ha inducido a preparar una sexta edición. Este libro es una introducción al derecho internacional público y este desajuste entre el título y el contenido, a seleccionar el contenido internacional contenido en aquellos capítulos más importantes y de mayor contenido legal. En cada tema hemos tratado de incluir los principios, las normas y los precedentes que nos han parecido más relevantes o ilustrativos. No hemos pasado el mismo tiempo en los debates doctrinales, las tendencias teóricas y las posiciones jurídicas de los participantes.

Este es un texto de derecho internacional y no de historia internacional o de relaciones internacionales. En él se estudia el marco jurídico de las relaciones entre los Estados. Sin embargo, conviene recordar en primer lugar que los Estados, por sí mismos, no son los actores principales de la vida internacional. La importancia decisiva en la elaboración de las normas jurídicas y en su aplicación recae en la colaboración de las normas jurídicas y en la práctica de los Estados. Este libro pretende ser una introducción a la práctica del derecho internacional.

INDICACIONES BIBLIOGRAFICAS GENERALES

- Muy buenas introducciones al derecho internacional son:*
- AKEHURST, M., *A Modern Introduction to International Law*, 6ª ed. (1967). (Hay traducción española: Madrid, 1982).
 - BRIERLY, J. L., *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6ª ed. por Sir Humphrey Waldock (1963). Es un libro clásico que, aunque no está actualizado, proporciona una excelente visión del derecho internacional de la paz.
- Útiles son, entre varios otros, los manuales o textos de Paul Reuter, Charles Rousseau, Alfred Verdross, Max Sorensen (editor), T. Buergenthal-H. Maier, Francisco Rezek, J.A. Pastor Ridruejo, J.A. Carrillo Salcedo y Benedetto Conforti.*
- Tratados generales*
- OPPENHEIM, L., vol. I, 8ª ed. y vol. II, 7ª ed. por H. Lauterpacht (traducidos al español). Hay una 9ª ed. por Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, de la cual han aparecido hasta ahora los vols. I y II (1992). Publicado inicialmente en 1905, el *Oppenheim* ha sido, a través de sucesivas ediciones, el tratado general más importante en lengua inglesa.
 - GUGGENHEIM, P., *Droit international public*, 2 vols. (1953-1954). En 1967 se publicó el primer volumen de una nueva edición. Tratado de gran precisión y coherencia, contiene informaciones sobre la práctica suiza.

- ROUSSEAU, CH., *Droit international public*, 5 vols.(1975...). Obra clara y sistemática, proporciona abundancia de precedentes y bibliografía.
- VERZIIL, J.H.W., *International Law in Historical Perspective*, 9 vols. (1968-1978). Su autor fue Profesor de la Universidad de Utrecht. Su monumental obra, de gran erudición, es atractiva por el vigor y franqueza de sus opiniones.
- GIULIANO M., SCOVAZZI, T. y TREVES J., *Diritto Internazionale* (1983). Un nuevo volumen, publicado en 1991, contiene la parte general. Es un buen exponente de la rica tradición jurídica italiana.
- PODESTA COSTA, L. A. y RUDA, J.M., *Derecho Internacional Público*, 2 vols. 5ª ed. (1979-1985). El libro de Podestá Costa, espíritu creativo y de larga experiencia internacional, vio varias ediciones en vida de su autor. Esta nueva edición se debe a J.M. Ruda, ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia.
- NGUYEN QUO, D., DAILLIER, P. y PELLET, A., *Droit international public*. 6ª ed. (1999). Tratado claro, bastante actualizado y con rica información.
- BROWNIE, I., *Principles of Public International Law*. 5ª ed. (1998). El autor es profesor de la Universidad de Oxford.
- BEDJAOUI, M. (Editor), *Droit International. Bilain et perspectives*, 2 vols. (1991). Contiene contribuciones de unos sesenta y dos autores sobre los temas más importantes del derecho internacional contemporáneo.

Autores chilenos de obras generales

El principal de ellos fue don Andrés Bello, de nacionalidad chilena y venezolana, quien en 1832 publicó en Santiago sus *Principios de derecho de jentes*. Su libro, que vio varias ediciones con el título de *Principios de Derecho Internacional*, tuvo mucha influencia en América. Otro conocido jurista chileno fue don Alejandro Alvarez, ex juez de la Corte Internacional de Justicia, proponente de un "derecho internacional americano". Escribió "*Le droit international américain*" (1910) y diversos otros trabajos.

Están en uso en Chile, además del libro del presente autor, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público* (4 vols.) del Profesor Hugo Llanos M. y el *Manual de Derecho Internacional Público* del Profesor Fernando Gamboa S.

Revistas

Entre las revistas más importantes se encuentran:

- *American Journal of International Law*
- *British Yearbook of International Law*
- *Revue générale de droit international public*
- *Annuaire Français de droit international*
- *Revista española de derecho internacional*.

Instrumento de trabajo incomparable son los cursos profesados anualmente en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, que se publican en el *Recueil des Cours* de la Academia. Algunos de estos cursos versan sobre las reglas generales del derecho internacional de la paz. Otros son de carácter monográfico. Serán citados como *Recueil des Cours*. Recomendamos especialmente el curso general del Profesor Prosper Weil titulado *Le droit international en quête de son identité*, tomo 237 (1992-VI).

NOCIONES GENERALES

CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Tal como todo Estado tiene su sistema jurídico –derecho nacional o interno– la comunidad internacional o sociedad de Estados tiene su propio derecho: el derecho internacional público o, simplemente, derecho internacional.

El derecho internacional es el orden jurídico de la comunidad de Estados, o sea, el conjunto de reglas y principios jurídicos que rigen las relaciones entre los Estados.

La finalidad de este sistema jurídico es facilitar la coexistencia y la cooperación entre los Estados, que son los principales miembros de la comunidad internacional.

"La existencia del derecho internacional –apunta Brierly– es simplemente una de las inevitables consecuencias de la coexistencia en el mundo de una pluralidad de Estados que entran necesariamente en relaciones recíprocas. Es la ilustración de una verdad con la cual están familiarizados todos los estudiosos del Derecho y que no tiene excepciones: que donde hay una sociedad hay necesariamente Derecho y donde hay Derecho podemos estar seguros de que existe una sociedad."¹

La denominación "derecho internacional" es relativamente reciente. Los autores comenzaron llamando "derecho de gentes" al conjunto de

¹ *The Outlook for International Law* (1944), p. 4.

principios relativos a la conducta de las naciones y de los soberanos. Fue el filósofo inglés Bentham quien acuñó la denominación *international law*, que terminó imponiéndose. Sin embargo, aún se emplea ocasionalmente la de "derecho de gentes".

El derecho internacional no está contenido en un código formal promulgado por una autoridad suprema. Sus normas derivan principalmente de la costumbre internacional y de los tratados o acuerdos celebrados entre los Estados. Las reglas establecidas por la costumbre constituyen el derecho internacional consuetudinario; las normas creadas por tratados forman el derecho internacional convencional.

El derecho internacional contemporáneo rige materias tales como el reconocimiento de Estados y de gobiernos, la responsabilidad internacional, la adquisición de territorios, los espacios marítimos, la navegación y el transporte aéreos, la protección de los derechos humanos, la extradición, las relaciones diplomáticas y consulares, la solución de controversias internacionales, la situación de los refugiados, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la conducta de las fuerzas armadas en tiempo de guerra.

Las reglas del derecho internacional son estudiadas por la *ciencia* del derecho internacional, cuyo objeto principal es determinar dichas reglas, exponerlas y presentarlas de manera sistemática. En una segunda etapa, esta ciencia puede hacer una apreciación crítica de las normas vigentes y sugerir modificaciones a ellas. Sin embargo, el jurista debe distinguir ambas tareas y evitar presentar como reglas de derecho internacional positivo aspiraciones ideales que aún no se han incorporado al derecho vigente.

CARACTERES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Todo orden jurídico es producto y reflejo de la sociedad que rige. El derecho internacional —producto de una sociedad poco integrada— tiene caracteres que lo diferencian marcadamente de los sistemas jurídicos nacionales. Estos caracteres inciden en los siguientes aspectos:

Los sujetos del derecho internacional

Los sujetos principales y originarios del derecho internacional son los Estados. El derecho internacional es, pues, un derecho *entre Estados*; son éstos los principales destinatarios de las normas jurídicas internacionales y de los derechos, facultades y obligaciones que de tales normas derivan. Existen, sin embargo, otras entidades, como la Santa Sede y la Organización de las Naciones Unidas, que, en cierta medida, son también destinatarias de normas de derecho internacional.

Los procedimientos de producción jurídica

En el plano internacional no hay una legislatura que dicte normas generales obligatorias para todos los Estados. Las normas de derecho internacional son creadas por los Estados —sus propios destinatarios— mediante dos procedimientos descentralizados de producción jurídica: los tratados y la costumbre.

La base voluntaria de la jurisdicción internacional

Ningún Estado está obligado, sin su consentimiento, a someter una controversia con otro Estado a la decisión de un tribunal internacional. La jurisdicción de un tribunal internacional para conocer de una controversia y decidirla depende, pues, de la voluntad de los Estados que son parte en ella.

La falta de un sistema centralizado de sanciones

En la esfera internacional no existe un poder central que tenga el monopolio de la fuerza y cuya misión sea imponer el respeto del derecho internacional y sancionar a sus infractores. Por el contrario, el poder se encuentra fraccionado y disperso entre los Estados. Son éstos los que, actuando individual o colectivamente, deben tomar medidas para hacer efectivos sus derechos en caso de que sean transgredidos.

El sistema jurídico de la comunidad internacional se presenta, pues, como el de una sociedad formada por una pluralidad de Estados que no están subordinados unos a otros ni a una entidad jerárquica superior y que sólo admiten relaciones de coordinación sobre una base igualitaria.

Son estos rasgos del sistema jurídico internacional, principalmente la falta de un sistema centralizado de sanciones, los que indujeron a algunos escritores a negar que el derecho internacional sea realmente Derecho.

CARÁCTER JURÍDICO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Los argumentos aducidos por quienes niegan el carácter jurídico del derecho internacional no son convincentes.

En efecto, el derecho internacional es un orden *jurídico*, no un sistema de reglas morales o de cortesía. Las normas del derecho internacional *funcionan* como normas jurídicas en la comunidad internacional: los Estados las consideran obligatorias, las cumplen habitualmente, las invocan en sus diferendos y pagan indemnizaciones por su incumplimiento; los tribunales internacionales las aplican como Derecho valiéndose de todos los recursos de la técnica jurídica, los tribunales nacionales las consideran como parte de su derecho interno y las aplican cuando se les presenta la ocasión para ello. En otras palabras, el derecho internacional es considerado, en la práctica, como Derecho.

Sin embargo, la sociedad internacional y el orden jurídico que la rige no tienen el mismo grado de desarrollo e integración que los Estados modernos y sus correspondientes sistemas jurídicos. En varios aspectos, el derecho internacional se asemeja a los derechos de las sociedades nacionales durante las etapas primarias de su evolución. Estos caracteres no privan al derecho internacional de su carácter jurídico sino que únicamente lo diferencian de los derechos estatales más desarrollados.

Es concebible, por lo menos en teoría, que la sociedad internacional alcance un grado de integración y de cohesión semejante al de los Estados modernos. Ello significaría el reemplazo del derecho internacional —el derecho entre Estados— por un orden jurídico nuevo: el derecho interno de un Estado mundial.

El carácter jurídico del derecho internacional lo diferencia de la moral y de la cortesía internacionales.

La primera comprende los deberes de carácter exclusivamente moral, como el de socorrer a los pueblos asolados por inundaciones o terremotos. La cortesía internacional o *comitas gentium* está formada por aquellas prácticas que los Estados respetan por razones de cortesía, de conveniencia o de tradición y no porque exista una convicción jurídica de su obligatoriedad, como el saludo a los buques de guerra y ciertos actos de ceremonial y protocolo. Los usos de cortesía pueden transformarse, con el tiempo, en reglas de derecho internacional, como ocurrió con los privilegios diplomáticos.

Si un Estado infringe los deberes que le impone el derecho internacional comete un acto ilícito, incurre en responsabilidad hacia el Estado perjudicado y tiene la obligación de reparar las consecuencias de dicho acto. En cambio, si infringe los deberes que le imponen la moral o la cortesía habrá cometido un hecho reprochable, inamistoso o descortés, pero no un acto ilícito internacional.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Se presentan ante los tribunales nacionales situaciones o relaciones jurídicas que contienen un "elemento extranjero", como el domicilio en el extranjero de una de las partes, la situación de un bien en país extranjero, etc. Por ejemplo, una persona demanda a otra ante un tribunal chileno pidiendo la nulidad de un contrato de compraventa celebrado en París sobre un inmueble situado en Chile. El "elemento extranjero" es en este caso el lugar de la celebración del contrato (Francia). El tribunal deberá determinar previamente: 1º si tiene jurisdicción, según su propia ley, para conocer de este litigio y 2º, en caso afirmativo, cuál es la legislación de fondo sobre nulidad de contratos —la chilena o la francesa— que debe aplicar para resolver el caso. Para decidir esta segunda cuestión preliminar el tribunal deberá

consultar las llamadas normas de derecho internacional privado contenidas en su propia legislación.

Las llamadas reglas de derecho internacional privado, o reglas sobre conflictos de leyes, no dan al juez nacional competente la solución de fondo en un caso que contiene elementos extranjeros. Estas normas sólo le indican en qué legislación—la propia o una determinada legislación extranjera—debe basarse para resolver el fondo del caso.

La denominación de derecho internacional privado para designar estas reglas es inapropiada. En efecto, las normas del derecho internacional privado son normas internas, no internacionales; ellas forman parte de las respectivas legislaciones nacionales. No existe, en verdad, un derecho internacional privado propiamente tal; hay un derecho internacional privado chileno, otro francés, otro italiano, otro del Estado de California, etc. Por otra parte, estas normas no sólo dirimen conflictos de derecho privado sino también conflictos entre leyes de derecho público (por ejemplo, cuestiones de derecho tributario y administrativo).

Los Estados han procurado unificar sus normas de derecho internacional privado a fin de que, cualquiera que sea el país en que se presente un caso que contiene elementos extranjeros, sea juzgado según la misma legislación de fondo. Esta unificación se realiza por medio de tratados o convenciones, tales como las Convenciones de La Haya sobre Derecho Internacional Privado y el llamado "Código de Bustamante", en que son partes varios países latinoamericanos. Los Estados que son partes en estos tratados deben adaptar a éstos sus normas nacionales de derecho internacional privado.

DERECHO INTERNACIONAL COMÚN Y PARTICULAR

El derecho internacional *común o general* comprende aquellas normas de validez universal, aplicables a todos los Estados. Está formado por normas consuetudinarias universales y por principios generales de derecho.

El derecho internacional *particular* comprende aquellas normas que son válidas solamente para cierto número de Estados. Está cons-

tituido por los tratados y por normas consuetudinarias de carácter regional y local.

Los tratados son, pues, derecho particular ya que su imperio sólo se extiende a los Estados que son partes en ellos y no hay un tratado en que sean partes todos los Estados.

Sin embargo, existen tratados colectivos importantes que versan sobre materias de interés para la comunidad internacional y que, por su objeto y fin, aspiran a la universalidad. En esta categoría se pueden incluir la Carta de las Naciones Unidas, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, los Pactos sobre Derechos Humanos. Aunque estos tratados como tales sólo obligan a los Estados que en ellos son partes, se les reserva la denominación de "convenciones generales" o "convenciones de vocación universal".

EL DOMINIO RESERVADO

El derecho internacional común o general impone obligaciones a los Estados en ciertas materias, tales como el trato a los extranjeros que se encuentran en su territorio, el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, la delimitación de sus espacios marítimos. En estas materias todo Estado debe ajustar su conducta a las normas del derecho común.

Hay, en cambio, otros aspectos de la actividad de los Estados respecto de los cuales el derecho internacional común no les impone obligaciones. Ejemplos: la forma de gobierno, la organización constitucional, el comercio exterior, el sistema monetario. Estas materias "no regladas" quedan entregadas por el derecho común a la competencia interna o exclusiva de cada Estado.

Dentro del ámbito que las normas del derecho común reservan a los Estados, éstos pueden actuar discrecionalmente. Así, por ejemplo, un Estado puede, en principio, limitar la inmigración extranjera, establecer regímenes arancelarios discriminatorios, revaluar o devaluar su moneda o establecer controles de cambio, aunque estas medidas puedan afectar adversamente la economía de otros países.

La discreción de que gozan los Estados según el derecho común ha sido limitada, en ciertos aspectos, por tratados que imponen a las partes

ciertas obligaciones y limitan así, en las materias sobre que versan, la discreción que les reconoce el derecho común.

El "dominio reservado" de un Estado es, pues, esencialmente relativo: está constituido por la suma de materias respecto de las cuales, en un momento dado, el derecho común o los tratados en que es parte no imponen a ese Estado obligaciones hacia otros Estados.

Se comprende, pues, que no existan materias que por su naturaleza tengan el carácter de reservadas. Aunque algunas de ellas son, por su naturaleza, refractarias a ser regidas por el derecho internacional, todas las materias son susceptibles potencialmente de ser regidas por normas jurídicas internacionales. Como bien escribe Kelsen:

"El derecho internacional puede regular todos los asuntos, incluso aquellos que son regulados normalmente sólo por el derecho interno y que por ello son considerados "asuntos internos", por ejemplo, cuestiones constitucionales tales como la forma de gobierno, la adquisición y pérdida de la nacionalidad, problemas laborales, toda la esfera de la política social, problemas religiosos, cuestiones de inmigración y de tarifas, problemas de derecho penal y de procedimiento penal, problemas de derecho civil y de procedimiento civil."¹

El avance del derecho internacional ha consistido, en gran medida, en limitar progresivamente la libertad de acción de los Estados en dominios que estaban entregados tradicionalmente a su propia discreción.

¹ *Principles of International Law* (1967), p. 291.

ORIGEN HISTORICO Y DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

"El padre del derecho de gentes es una sociedad colectiva, si se me permite expresarme así; es una serie de pensadores y de juristas, algunos de los cuales precedieron a Grocio en tanto que otros ampliaron y desarrollaron su obra, en el curso de los siglos XVII y XVIII."

MAURICE BOURQUIN

ORIGEN HISTÓRICO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional tiene antecedentes en el mundo antiguo y medieval, pero en su forma moderna surge al transformarse el orden político de Europa a comienzos de la Edad Moderna.

En la Edad Media, bajo el régimen feudal, el poder político se encuentra disperso entre varios señores que ejercen autoridad sobre los vasallos que residen en sus dominios. A pesar de las guerras y rivalidades entre los señores feudales, prevalece entonces la concepción de una comunidad cristiana (*República Christiana*) en que dominan la tradición cultural greco-romana, una común Iglesia y religión, y sistemas jurídicos basados en el *ius gentium* romano y en el derecho canónico. En la cúspide de la jerarquía feudal, dos poderes supremos —el Papa y el Emperador germánico— sellan la unidad del mundo medieval.

Desde comienzos del siglo XVI, y como resultado de la Reforma protestante, comienza a fragmentarse la unidad medieval y surgen en Europa Occidental varios Estados nacionales en un marco territorial definido, tales como Francia, España, Inglaterra y los países escandinavos. Sus monarcas absolutos centralizan las funciones de gobierno, imponen obediencia a sus súbditos y proclaman su independencia del Papado, del Emperador germánico y de toda otra autoridad externa. Los Tratados de Westfalia, de 1648, que ponen fin a la Guerra de Treinta Años, reflejan el nuevo orden político de Europa.

En el nuevo sistema de Estados *soberanos* cada uno de ellos pretendió satisfacer, por todos los medios, sus intereses dinásticos y

nacionales. Las violencias y rivalidades entre los nuevos Estados corrieron parejas con el debilitamiento del ideal unificador de la Cristiandad Medieval.

Surgió entonces la necesidad de instaurar un orden superior que, en las nuevas condiciones históricas, sometiera a los Estados al imperio de la ley. Acentuaron esta necesidad factores tales como la expansión de la navegación y del comercio causada por el descubrimiento de América, la desolación provocada por las cruentas guerras religiosas y el acervo intelectual común creado por el Renacimiento.

"El surgimiento del derecho internacional fue el reconocimiento de esta verdad, Aceptó el abandono de la idea medieval de un Estado mundial y adoptó, en cambio, como postulado fundamental, la existencia de cierto número de Estados seculares, nacionales y territoriales; pero negó su absoluta separación e irresponsabilidad y proclamó que ellos estaban unidos entre sí por la supremacía del Derecho."¹

La formulación de los principios del derecho de gentes —como se denominó el nuevo sistema jurídico— fue hecha por los autores que llamamos clásicos. Ellos se basaron principalmente en el derecho natural y en la tradición, aún viva, del *jus gentium* romano, *ratio scripta* común a todos los hombres.

Entre los autores que al ocuparse de teología tratan temas de derecho de gentes, hay que mencionar a dos teólogos españoles: el dominico Francisco de Vitoria (1483-1546), profesor de la Universidad de Salamanca, y el jesuita Francisco de Suárez (1548-1617).

Las enseñanzas de Vitoria se conservan en la forma de apuntes de clase tomados por sus alumnos, bajo el título de *Relecciones Teológicas*, dos de las cuales (*De Indis* y *De jure belli*) tratan temas relativos a la conquista española en América, tales como el de los títulos que "los españoles pueden alegar sobre las provincias de aquellos bárbaros que llamamos indios".

¹ J. L. Brierty, *The Law of Nations*, 6ª ed. (1963), p. 7.

Francisco Suárez, en su obra *De legibus ac Deo legislatore* (De las Leyes y de Dios Legislador), sostiene que todo Estado, aunque constituye una unidad, es parte de un gran todo que es el género humano. Ningún Estado —escribe— puede bastarse a sí mismo: las comunidades humanas "necesitan de algún derecho por el cual sean dirigidas y ordenadas rectamente" y ello se hace por la "razón natural" y por "el uso de las mismas gentes".

Alberico Gentili (1552-1608) fue uno de los autores más notables del siglo XVI. Nacido en Italia, por sus ideas protestantes emigró a Inglaterra, donde llegó a ser profesor en la Universidad de Oxford. Escribió *De legationibus* (De las legaciones) y *De jure belli* (Del derecho de la guerra). Gentili trató de aplicar a las relaciones internacionales principios independientes de los preceptos teológicos. Practicó ante los tribunales marítimos de Londres y fue muy consultado en cuestiones de derecho internacional.

El más destacado de los autores clásicos es el holandés Hugo Grocio (1583-1645). Jurista, filólogo, poeta, teólogo e historiador, Grocio publicó en 1625 su libro *De jure belli ac pacis* (El derecho de la guerra y de la paz) en que presenta la primera exposición de conjunto sobre las reglas que debían regir las relaciones mutuas de las nuevas sociedades políticas. Grocio pone énfasis en las reglas relativas a la guerra, y en su libro nos explica la razón:

"He visto prevalecer a través del mundo cristiano tal licencia en el modo de hacer la guerra que aun las naciones bárbaras se avergonzarían; los hombres recurren a las armas por razones triviales o por ninguna razón, y una vez que han tomado las armas no hay respeto por las leyes divinas o humanas, exactamente como si un simple edicto hubiera liberado una locura que lleva a los hombres a cometer toda clase de crímenes."

En contraste con esta anarquía, Grocio proclamó que los Estados deberían considerarse miembros de una gran sociedad y unidos por la supremacía universal de la justicia. Las relaciones entre los pueblos —explica— están sometidas tanto al *derecho natural*, derivado de la

naturaleza racional y social del hombre, como al *jus gentium*, derecho voluntario basado en el consentimiento.

Grocio rechazó la idea de que los Estados tuvieran un derecho ilimitado a hacer la guerra y distinguió entre guerras justas (permitidas) y guerras injustas (prohibidas). Trató también de formular las consecuencias de esta distinción. Siguiendo un criterio que ha llegado a imponerse, sostuvo que en toda guerra, sea justa o injusta, los beligerantes deben acatar ciertas reglas destinadas a humanizar las hostilidades.

"Grocio—escribe un eminente historiador—ilustró sus puntos de vista con referencia a la Biblia y a los clásicos. Pero su humanismo estuvo basado en la perspectiva racional y humanista del siglo XVII, y su cristianismo fue el de una religión universal, ética y no dogmática, basada en el derecho natural aplicable a todos los hombres por encima de divisiones religiosas."¹

El libro de Grocio tuvo gran éxito en su tiempo y ha sido objeto de numerosas ediciones en distintos idiomas. También publicó Grocio, en 1609, siendo un joven abogado de la Compañía de las Indias Orientales Holandesas, un folleto titulado *Mare Liberum* (Mar Libre), en que proclama el principio de la libertad de los mares.

Diversos autores continuaron la labor de Grocio durante los siglos XVII y XVIII. Para algunos de ellos, como *Samuel Pufendorf*, el derecho de gentes es sólo el derecho natural aplicado a las relaciones entre Estados. Otros, como *Richard Zouche* y *Cornelio van Bynkershoek*, fundamentan el derecho de gentes en los tratados y la práctica de los Estados, a los que atribuyen mayor importancia que a los principios del derecho natural. Un tercer grupo de autores, como *Rachel* y *Wolff*, siguiendo la huella de Grocio, combinan en sus exposiciones el derecho natural y el derecho positivo. El más influyente de los escritores del siglo XVIII fue el suizo *Emerich de Vattel*, autor de *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite*

¹ Hans Kohn, *The Idea of Nationalism* (1960), p. 196.

et aux affaires des nations et des souverains (1758). Esta obra, escrita con simplicidad y elegancia, fue muy consultada en su tiempo por hombres de Estado y diplomáticos.

No todas las doctrinas de los autores clásicos tuvieron la misma fortuna. Algunas de ellas no fueron acogidas por el derecho positivo, o lo fueron más tarde en condiciones históricas diversas. Otras, en cambio, consideradas como principios de indudable autoridad o como reflejo de la práctica de las naciones, fueron citadas con aprobación por juristas posteriores, invocadas por las Cancillerías, confirmadas por la práctica de los Estados e incorporadas al derecho de gentes. Así, mediante una interacción entre la doctrina de los publicistas y la práctica de las naciones se fue elaborando el sistema de derecho internacional moderno.

EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Desde el siglo XVIII hasta nuestros días el derecho internacional se ha enriquecido considerablemente mediante:

- 1) — la práctica de los Estados,
- 2) — la jurisprudencia internacional,
- 3) — los grandes tratados multilaterales y
- 4) — los trabajos de los autores.

1) La práctica de los Estados fue creando y consolidando normas consuetudinarias sobre diversas ramas del derecho de gentes: derecho del mar, derecho diplomático y consular, responsabilidad internacional, etc. El derecho internacional pasó a ser progresivamente un *corpus juris* basado, en gran parte, en la costumbre.

2) La jurisprudencia de los tribunales internacionales contribuyó a desarrollar, afinar y dar mayor solidez y fijeza a las normas del derecho internacional. Un impresionante *case law* o derecho de casos decididos por tribunales arbitrales o cortes permanentes proporciona un rico repertorio de precedentes y de enunciados judiciales.

Los grandes tratados multilaterales sobre cuestiones de interés general tales como agentes diplomáticos, navegación fluvial y transporte aéreo internacional, fueron complementando el derecho internacional consuetudinario. A la par, se extendió la red de tratados bilaterales sobre diversas materias: relaciones consulares, comercio y navegación, extradición, cooperación judicial, etc.

Finalmente, los autores han hecho en sus trabajos la exposición sistemática de las normas de derecho internacional, las han valorado con sentido crítico y han formulado propuestas para su reforma. Autores como Kelsen, Scelle y Ross, poniendo énfasis en los aspectos teóricos del derecho internacional, han tratado de renovar sus bases doctrinales y de reelaborar sus conceptos tradicionales.

TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

En la época contemporánea el derecho internacional ha experimentado una notable evolución en la cual se pueden discernir varias tendencias. Resumiremos algunas de ellas.

— La "humanización del derecho de gentes"

El derecho internacional, cuyo objeto tradicional era la protección de los intereses estatales, ha dado progresiva importancia al respeto y defensa de los valores humanos.

La "humanización del derecho de gentes" se refleja en diversas convenciones multilaterales destinadas a proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, las minorías, los refugiados, el trabajo humano, los derechos del niño, las poblaciones civiles en tiempo de guerra, el medio ambiente, etc. También se expresa esta tendencia en las convenciones para la prevención y sanción del crimen de genocidio, para la eliminación de la discriminación racial y para la abolición del trabajo forzoso.

Las organizaciones internacionales, particularmente las Naciones Unidas, han contribuido a dar un impulso decisivo a esta tendencia hacia la protección de la persona humana.

El impacto de la ciencia y de la tecnología

La época contemporánea ha presenciado prodigiosos avances científicos y tecnológicos: el hombre ha llegado a la Luna, naves espaciales surcan el espacio ultraterrestre, torres de perforación extraen petróleo del fondo de los mares, la energía atómica se aplica a fines pacíficos, grandes barcos cisternas transportan petróleo cuyo derrame accidental contamina los océanos, la ingeniería genética presenta serios problemas de bioética.

Para regular las actividades resultantes de tales avances y prevenir sus efectos perjudiciales, los Estados han celebrado convenciones multilaterales tales como el Tratado que rige las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre, el Tratado sobre la Luna y diversas convenciones tendientes a prevenir la contaminación marina.

La influencia de las organizaciones internacionales

En el presente siglo, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, se establecen varias organizaciones internacionales y se renuevan otras que datan del siglo XIX. Mencionemos entre ellas las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud, el Organismo Internacional de Energía Atómica y la Organización de los Estados Americanos.

Las organizaciones internacionales han contribuido al desarrollo del derecho internacional. Ellas han convocado a conferencias diplomáticas para adoptar tratados multilaterales relativos a materias de su competencia, o han elaborado y adoptado ellas mismas textos de tratados.

También algunas de estas organizaciones como la Organización de las Naciones Unidas, han aprobado resoluciones generales sobre materias de su competencia. Aunque estas resoluciones no revisten generalmente carácter obligatorio, ya que son meras recomendaciones, algunas de ellas codifican o cristalizan reglas de derecho internacional general, o constituyen el punto de partida para la elaboración de dichas normas mediante tratados y la costumbre.

La codificación

La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas realiza una labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

La Comisión, consultando los puntos de vista de los gobiernos, elabora proyectos de artículos sobre temas de derecho internacional, los cuales son sometidos a conferencias diplomáticas convocadas al efecto. Así, por ejemplo, la Comisión preparó proyectos sobre relaciones diplomáticas y consulares, y sobre el derecho de los tratados, que sirvieron de base a convenciones sobre estas materias.

La labor de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional se desarrolla también por otros órganos o entidades, tales como el Comité Jurídico Interamericano y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

La universalidad

Hasta fines del siglo XVIII el derecho de gentes sólo se consideraba aplicable a la comunidad europea y cristiana de Estados. Los países de "fuera de la Cristiandad" estaban al margen del derecho internacional general, aunque algunos de ellos habían celebrado tratados con Potencias europeas y, según la doctrina clásica, les eran aplicables los principios del derecho de gentes natural o racional.

En 1776 se independizan los Estados Unidos de América y en 1810 comienza el proceso de emancipación de las colonias hispanoamericanas. Los nuevos Estados de América se consideraron sujetos al derecho internacional europeo.

En 1856 la Sublime Puerta —el Imperio Otomano— es admitida formalmente "a participar en las ventajas del derecho público y del Concierto europeos".

Durante el siglo XIX y comienzos del presente varios otros países, como China, Japón, Siam y Persia, se incorporaron a la comunidad internacional.

A la Segunda Guerra Mundial sigue un irresistible movimiento de descolonización. La casi totalidad de las colonias y otros territorios dependientes (mandatos, protectorados, etc.) acceden a la plena inde-

pendencia, se incorporan a las Naciones Unidas y pasan a ser miembros de la comunidad internacional.

El derecho internacional contemporáneo es un orden jurídico universal aplicable por igual a todos los Estados.

LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

La base de la doctrina de las fuentes jurídicas es, en todos los casos, la práctica efectiva y ella únicamente.

ALF ROSS,
A Textbook of International Law, p. 83

(1)
CONCEPTO

La expresión "fuentes del derecho" se toma en dos sentidos que se confunden en el lenguaje jurídico. Puede designar los procedimientos de creación o elaboración de reglas jurídicas positivas (primer sentido), como también las diversas categorías de reglas jurídicas creadas mediante dichos procedimientos (segundo sentido).

En los órdenes jurídicos internos la fuente principal de derecho es la ley, que crea normas general de conducta. En el plano internacional, en cambio, no existe un Poder Legislativo que dicte reglas generales obligatorias para todos los Estados. Las reglas de derecho internacional son creadas o establecidas por los propios Estados mediante los tratados y la costumbre. Estos procedimientos son "las únicas puertas a través de las cuales los nuevos principios hacen su entrada en la esfera del derecho."¹

Los tratados o convenciones internacionales son acuerdos entre Estados que crean las llamadas normas convencionales. La costumbre está constituida por prácticas aceptadas por los Estados que establecen reglas consuetudinarias. Las reglas convencionales y las reglas consuetudinarias son los dos principales "componentes" o "fuentes" (en el segundo sentido) del derecho internacional. A su lado, están los principios generales de derecho, que juegan un rol subsidiario. Estas

¹ Salmond's *Jurisprudence*, 11 ed., p. 134. Julio Barberis, *Formación del Derecho Internacional* (1994).

fuentes nos indican dónde debe dirigirse el jurista para encontrar las reglas de derecho internacional aplicables a un caso determinado.

EL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO DE LA CORTE

Un buen punto de partida para el estudio de las fuentes del derecho internacional es el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esta disposición enumera las diversas categorías de reglas que la Corte debe aplicar al decidir las controversias entre Estados. A pesar de sus defectos de redacción, es un texto de gran autoridad que ha sido reproducido en tratados de arbitraje o de arreglo judicial. Puede considerarse que contiene las directivas que cualquier tribunal debe seguir para resolver un caso según el derecho internacional. El texto del artículo 38 es el siguiente:

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

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.¹

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono si las partes así lo conviniere.

¹ Según este artículo "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido."

Las tres primeras letras de este artículo indican categorías de normas (fuentes) que la Corte debe aplicar al decidir en conformidad al derecho internacional las controversias que le sean sometidas: las convenciones o tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Estas son fuentes, en sentido estricto.

En la letra d), en cambio, el artículo 38 menciona "medios auxiliares" que la Corte debe utilizar para determinar las normas de derecho internacional no escrito: las decisiones judiciales (jurisprudencia) y la doctrina.

El número 2 de esta disposición deja en claro que la Corte sólo puede fallar ex aequo et bono, es decir en equidad, si las partes en el litigio así lo conviniere.

- Acuerdos
 - D^e I^o
 - Epactojhos
- Cas. mal p^o o ext^o de i^o de i^o deber.

LOS TRATADOS O CONVENCIONES INTERNACIONALES

En términos generales se entiende por tratado un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regido por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos.

Los tratados se celebran generalmente entre Estados. Sin embargo, también hay tratados celebrados entre Estados y otros sujetos de derecho internacional, tales como la Organización de las Naciones Unidas y la Santa Sede, y entre estos otros sujetos. Así, por ejemplo, en 1993 el Estado de Israel y la Santa Sede firmaron un tratado, denominado "Acuerdo Fundamental".

Los tratados pueden presentarse bajo formas variadas y recibir denominaciones diversas, tales como convenciones, pactos, acuerdos, convenios, Cartas y protocolos. La Carta de las Naciones Unidas es un tratado internacional.

El acuerdo de voluntades que constituye el tratado deriva su validez de la norma fundamental pacta sunt servanda (lo pactado obliga), que es considerada como postulado básico del orden jurídico internacional.

Los tratados prevalecen, en las relaciones entre las partes contratantes, sobre las normas de derecho internacional general o común.

Los tratados pueden ser bilaterales o multilaterales. Son bilaterales los celebrados entre dos Estados, tales como el Tratado de Lima entre Chile y Perú, de 1929 y el Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina, de 1984. Son multilaterales los celebrados entre más de dos Estados, tales como la Carta de las Naciones Unidas y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 1982.

Los tratados pueden servir para muy diversos fines: convenir reglas generales de derecho, efectuar una cesión de territorio, delimitar una frontera, convenir un régimen de libre navegación para un curso de agua internacional, establecer una organización internacional, acordar un régimen de cooperación técnica entre Estados, delimitar espacios marítimos, solucionar una controversia internacional o someterla al arbitraje, establecer un sistema de cooperación defensiva, etc.

Aunque todos los tratados establecen derechos, obligaciones o situaciones jurídicas entre las partes contratantes, especial interés para el derecho internacional tienen aquellos tratados o convenciones generales celebrados por gran número de Estados para regular, de manera permanente, materias de interés común.

El derecho internacional contiene normas relativas a los tratados: su celebración, interpretación, efectos, nulidad, terminación, etc. El conjunto de estas reglas se denomina "derecho de los tratados", materia que será estudiada en el capítulo siguiente.

LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Un sector importante del derecho internacional es el derecho consuetudinario, derivado de reglas establecidas por la costumbre internacional.

La costumbre es un proceso gradual y evolutivo de formación de reglas jurídicas. Cada uno de los actos que constituyen la costumbre es autónomo y aislado. La costumbre no es, como el tratado, un acto consciente y voluntario de creación de normas jurídicas, por lo que no puede ser asimilada a un pacto o acuerdo.

La costumbre internacional implica la coexistencia de dos elementos:

- una práctica constante y uniforme de los Estados, y (*objetiva*)
- la convicción de los Estados de que esta práctica es jurídicamente obligatoria (*opinio juris*). (*Subjetiva*)

Este último elemento –la opinio juris– distingue la costumbre de los simples usos o prácticas, como el saludo a los buques de guerra, que los Estados respetan por consideraciones de cortesía, de conveniencia o de tradición y no porque se sientan jurídicamente obligados.

Como expresara la Corte Internacional de Justicia en los casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte:

"No solamente los actos considerados deben representar una práctica constante sino que, además, deben atestiguar, por su naturaleza o el modo en que se llevan a cabo, la convicción de que esta práctica resulta obligatoria por la existencia de una regla jurídica... Ni la frecuencia ni aun el carácter habitual de los actos bastan." ¹

Práctica -> Grand

La práctica que sirve de base a una regla consuetudinaria universal debe ser generalmente aceptada como derecho. No es, por lo tanto, indispensable que todos los Estados la hayan seguido o le reconozcan carácter obligatorio. Basta la aceptación general, particularmente de aquellos Estados especialmente interesados en la materia a que la práctica se refiere. Sin embargo, se admite que una regla consuetudinaria no puede ser invocada en contra de un Estado que durante el proceso de formación de dicha regla y antes de que cristalizara como tal, se opuso a ella de manera constante e inequívoca.

El hecho de que una práctica haya sido seguida durante un corto tiempo no es necesariamente, como tal, un obstáculo a la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario; pero es indispensable que durante ese tiempo la práctica de los Estados haya sido frecuente y uniforme y haya cristalizado la convicción de que ella es jurídicamente obligatoria.

¹ Reports 1969, p. 44.

Los precedentes que constituyen y prueban la costumbre internacional se encuentran en aquellos actos de los Estados que reflejan su actitud hacia cuestiones de derecho internacional, tales como los siguientes: su correspondencia diplomática; sus leyes internas y las sentencias de sus tribunales sobre materias de derecho internacional (inmunities diplomáticas, extradición, mar territorial, etc.); las instrucciones impartidas a sus agentes diplomáticos, cónsules y fuerzas armadas; las opiniones de los asesores jurídicos nacionales; las declaraciones sobre puntos jurídicos formuladas por sus representantes en conferencias y organizaciones internacionales, etc.

También algunos actos internacionales pueden contribuir a elaborar la costumbre internacional o, por lo menos, a constituir prueba de ella. Tales son las decisiones de los tribunales internacionales, particularmente las de la Corte Internacional de Justicia, y los tratados bilaterales sobre una misma materia (extradición, por ejemplo) cuando reproducen estipulaciones similares que reflejan una convicción jurídica común.

Los diversos precedentes, por su concordancia, uniformidad y generalidad, pueden constituir y proporcionar la prueba de que existe "una práctica general aceptada como derecho", es decir una regla internacional consuetudinaria.

No es necesario que entre todos los precedentes exista perfecta concordancia para que se establezca una regla consuetudinaria. Como expresara la Corte Internacional de Justicia:

"La Corte no piensa que para que una regla sea establecida consuetudinariamente, la práctica correspondiente deba ser rigurosamente conforme a esta regla. Le parece suficiente para deducir la existencia de reglas consuetudinarias que los Estados conformen a ellas su conducta de manera general y que ellos mismos traten los comportamientos que no estén conformes con la regla en cuestión como violaciones de ella y no como manifestaciones del reconocimiento de una regla nueva." ¹

¹ Reports 1986, p. 98.

La mayor parte de las normas internacionales consuetudinarias son de carácter general o universal. Su ámbito espacial de validez se extiende a todos los Estados. Además, existen normas consuetudinarias regionales, aplicables a un continente o región, y normas locales, aplicables a sólo dos Estados. Las normas regionales o locales priman, entre los Estados que son sus destinatarios, sobre las reglas generales o universales.

↳ Prevalencia de la costumbre local.

El derecho internacional consuetudinario conserva su importancia como parte del orden jurídico internacional. Sectores tales como la responsabilidad internacional, las inmunities del Estado y la práctica arbitral continúan regidos por la costumbre.

Sin embargo, las normas consuetudinarias son de formación lenta y de contenido poco preciso. Los tratados internacionales constituyen hoy un medio más apto para regular las situaciones planteadas por la evolución rápida del mundo actual y el desarrollo de la tecnología. Además, la codificación internacional tiende a reemplazar sectores enteros del derecho consuetudinario por normas convencionales expresas.

Las convenciones codificadoras no derogan las normas consuetudinarias, las cuales siguen existiendo *como tales* aunque hayan sido incorporadas en convenciones multilaterales. Las normas convencionales y las normas consuetudinarias, aunque tengan idéntico contenido, conservan, pues, una existencia autónoma. En las relaciones entre Estados las convenciones que los vinculan prevalecen sobre las reglas consuetudinarias, pero estas últimas suplen el silencio de las convenciones, sirven para interpretarlas y se aplican entre Estados que no son parte en dichas convenciones.

Interacción entre los tratados y la costumbre

Existe una interacción constante entre los tratados y el derecho internacional consuetudinario. Los tratados pueden codificar, crystalizar o constituir el punto de partida de la elaboración de normas consuetudinarias.

En efecto, algunos tratados codifican, en gran medida, sectores completos del derecho internacional consuetudinario. Así, por ejem-

Tratados → Codifican / → Crystalizan / → Constituir
 ↳ Normas consuetudinarias

plo, las disposiciones de la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar (1958) son, según su Preámbulo, "declaratorias en términos generales de los principios establecidos del derecho internacional". La Corte Internacional de Justicia, en el caso *Namibia*, expresó:

"Las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados relativas a la terminación de una relación contractual por motivo de infracción (adoptadas sin un voto en contra) pueden en muchos respectos ser consideradas como codificación del derecho consuetudinario existente en esta materia."¹

Hay también tratados que cristalizan normas consuetudinarias que se estaban configurando con anterioridad. Ello ha ocurrido durante el proceso de codificación del derecho internacional. En efecto, tendencias y prácticas legales que estaban en estado formativo se han consolidado mediante los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, las opiniones de los gobiernos sobre los proyectos elaborados por ella y los trabajos y reuniones de las conferencias de codificación. El tratado o convención adoptado finalmente ha expresado, en forma convencional, la regla consuetudinaria en formación. Así ocurrió, por ejemplo, con las normas relativas al derecho del Estado sobre la plataforma continental, que cristalizaron en la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 1958.

Finalmente, disposiciones contenidas en un tratado pueden servir de base o punto de partida para la elaboración de una regla consuetudinaria. En este caso, la norma de un tratado, aunque tiene origen convencional, "atrae" a la práctica, y su contenido pasa a incorporarse al derecho consuetudinario. La norma consuetudinaria surgida sobre la base del tratado se aplica también a los Estados que no son partes en el tratado, pero no como norma convencional sino como regla consuetudinaria.

¹ Reports 1971, p. 47.

Esta expresión designa aquellos principios fundamentales que son comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados.

Los principios generales de derecho han sido aplicados desde antiguo por los tribunales arbitrales. El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (artículo 38) sólo codificó una práctica existente al disponer que la Corte aplicaría "los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

Entre estos principios podemos mencionar los siguientes: lo pactado obliga (*pacta sunt servanda*); todo daño ilícitamente causado debe ser íntegramente reparado; nadie puede aprovecharse de su propio dolo; nadie puede transferir más derechos que los que tiene; la sentencia dictada con exceso de poder es nula; el principio de la cosa juzgada; el de la prescripción extintiva, etc. Muchos de estos principios forman parte actualmente de la costumbre internacional.

La Corte Internacional de Justicia y su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, han hecho uso muy limitado de los principios generales de derecho. Mayor importancia alcanzaron ellos en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales.

Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas no deben ser confundidos con los principios de derecho internacional, que son normas internacionales de carácter fundamental y general, como el principio según el cual los tratados prevalecen sobre la ley interna en el plano internacional, o el principio de que un Estado o gobierno no puede invocar las disposiciones o las deficiencias de su ley interna para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales.

Los principios generales de derecho han sido aplicados en la decisión de diferendos que podríamos llamar "transnacionales". Se trata de diferendos surgidos con motivo de acuerdos o contratos celebrados entre un Gobierno y una gran compañía extranjera sin intención de someterlos a un derecho nacional determinado y en los cuales se estipula que las controversias que surjan entre las partes se

someterán al arbitraje internacional. En estos casos, a falta de regla contenida en el contrato mismo, el árbitro ha aplicado los principios generales de derecho.

Ilustra estos diferendos transnacionales el caso *Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. and the Sheik of Abu Dhabi*, decidido en 1951. El jeque de Abu Dhabi y la Compañía habían celebrado un contrato por el cual se concedía a la Compañía el derecho exclusivo de extraer petróleo en cierta región del Principado. Surgió más tarde un diferendo entre las partes respecto de los derechos de la Compañía sobre ciertas áreas submarinas, el cual, según estaba previsto en el Contrato, fue sometido a arbitraje.

¿Cuál es el derecho aplicable a la interpretación de este Contrato? comenzó preguntándose el Arbitro (Lord Asquith). El Contrato había sido celebrado en Abu Dhabi y debía cumplirse totalmente en ese país.

"A primera vista —expresó el Arbitro— si algún sistema de derecho interno pudiera ser aplicable, éste sería el de Abu Dhabi; pero no se puede decir razonablemente que tal sistema exista. El jeque administra justicia puramente discrecional con la ayuda del Corán; y sería fantástico sugerir que en esta primitiva región hay un conjunto establecido de principios jurídicos aplicables a la moderna interpretación de instrumentos mercantiles. Tampoco puedo ver alguna base para aplicar el derecho de Inglaterra. Por el contrario, el Acuerdo parece rechazar la noción de que pueda ser aplicable el derecho interno de algún país. Los términos de esta cláusula invitan a aplicar, en realidad prescriben aplicar, principios arraigados en el buen sentido y en la práctica común de la generalidad de las naciones civilizadas: una especie de moderno derecho natural."

Sin embargo, el Arbitro estimó que aunque el derecho inglés era inaplicable como tal, algunas de sus reglas están "tan firmemente fundadas en la razón como para formar parte de... este moderno derecho natural."

Existen ciertos medios auxiliares que sirven a quienes aplican el derecho internacional (Cancillerías, asesores jurídicos, tribunales internacionales e internos, etc.) para determinar o probar la existencia y contenido de las reglas internacionales no escritas: normas consuetudinarias y principios generales de derecho. Por otra parte, estos medios contribuyen a elaborar, cristalizar y consolidar dichas normas, dándoles carácter de hard law.

Algunos autores llaman a estos medios "fuentes secundarias". El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia los denomina "medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho" y menciona dos: las decisiones de los tribunales (jurisprudencia) y la doctrina.

La jurisprudencia internacional

Las decisiones de los tribunales internacionales han ejercido considerable influencia en el desarrollo del derecho internacional. Estas decisiones, particularmente las pronunciadas por tribunales de mayor autoridad, tienden a ser invocadas como testimonios autorizados de las reglas de derecho internacional y a inspirar decisiones judiciales posteriores. Al integrarse en una jurisprudencia constante, los precedentes judiciales contribuyen a cristalizar y consolidar las normas de derecho internacional. Así, las normas sobre delimitación de la plataforma continental han sido elaboradas por la jurisprudencia internacional.

Especial importancia tienen las decisiones pronunciadas por la Corte Internacional de Justicia y por su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Las sentencias de los tribunales trascienden, pues, sus efectos relativos formales y aun pueden cristalizar una norma de derecho internacional. La sentencia pronunciada por la Corte Internacional de Justicia en el caso anglo-noruego de las *Pesquerías* constituye un buen ejemplo.

En ella la Corte declaró que, en ciertas circunstancias, la línea de base desde la cual puede medirse el mar territorial no es la línea de la más baja marea a lo largo de la costa (que es la línea de base normal) sino un sistema de líneas de base rectas trazadas a través de aberturas de la costa o entre ciertos puntos de ella. Aplicando este criterio, la Corte admitió la validez de las líneas de base rectas adoptadas por Noruega e impugnadas por el Reino Unido. Teóricamente, el Reino Unido está obligado por esta sentencia solamente a aceptar las líneas de base noruegas aprobadas por la Corte; no está obligado (formalmente) a aceptar un sistema similar adoptado por otro país. Por otra parte, ningún país que no sea el Reino Unido está obligado (formalmente) a aceptar el sistema de líneas de base noruegas. Sin embargo, en el hecho, es evidente que ni el Reino Unido ni otro país pueden ahora controvertir con éxito el principio de las líneas de base rectas en un caso ante la Corte, o ante otro tribunal, particularmente después que el mismo principio fue incorporado en la Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial de 1958 y en la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982.¹

La doctrina

Los autores o tratadistas no elaboran normas de derecho internacional. Su tarea esencial es determinar y explicar las normas de derecho vigentes en la comunidad de Estados.

Es por ello que las opiniones de los autores no son una fuente formal de derecho internacional. Tales opiniones se citan para demostrar o probar la existencia, alcance o interpretación de determinada norma jurídica internacional.

Como expresara el juez norteamericano Gray en el caso del *Paquete Habana* (1899), para probar los usos y las costumbres de las naciones civilizadas debe recurrirse

"a los trabajos de los juristas y comentaristas, quienes durante años de labor, investigación y experiencia se han familiarizado

¹ Sir Gerald Fitzmaurice. "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law". en *Symbolae Verzijl* (1958), ps. 170 y ss.

bien con los temas que tratan. Los tribunales de justicia recurren a estos trabajos, no en busca de las especulaciones de sus autores respecto de lo que el derecho debe ser, sino como testimonio autorizado de lo que el derecho realmente es."

En la época formativa del derecho internacional, cuando éste era en gran parte un *book law* basado en las opiniones de los autores de renombre, la doctrina tenía mayor autoridad que en nuestros días. A falta de tratados y precedentes, las Cancillerías invocaban la autoridad de Grocio, Vattel y otros autores de prestigio. Actualmente, la práctica de los Estados, la jurisprudencia y la publicación de los repertorios que las contienen han reducido la importancia de la doctrina como medio de determinación de las reglas de derecho.

Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas no tienen carácter obligatorio, excepto en ciertas materias reglamentarias y de presupuesto.

Sin embargo, como señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la *Legalidad de la Amenaza o del Empleo de las Armas Nucleares*, algunas de dichas resoluciones pueden tener valor normativo:

"Ellas [las resoluciones de la Asamblea General] pueden, en ciertas circunstancias, proporcionar elementos de prueba importantes para establecer la existencia de una regla o la emergencia de una *opinio juris*. Para saber si ello es cierto de una resolución dada de la Asamblea General, es preciso examinar su contenido y las condiciones de su adopción. Es también necesario verificar si existe una *opinio juris* en cuanto a su carácter normativo. Por lo demás, una serie de resoluciones puede ilustrar la evolución progresiva de la *opinio juris* necesaria para el establecimiento de una regla nueva."¹

¹ *Reports* 1996, párrafo 70.

El rol de la equidad

La equidad puede ser definida como la aplicación de los principios de justicia a un caso determinado.

La equidad debe ser aplicada por un tribunal cuando una norma de derecho positivo se remita a ella. Así, en los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, la Corte Internacional de Justicia decidió que, según una regla consuetudinaria vigente, la delimitación de la plataforma continental entre Estados vecinos debe efectuarse por acuerdo entre ellos según principios equitativos y tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes.¹

Además, al aplicar el derecho internacional positivo, un tribunal internacional puede elegir, entre varias interpretaciones posibles, aquella que le parezca más conforme a las exigencias de la justicia en el caso de que conoce. Esta forma de aplicación de la equidad no permite modificar el derecho positivo sino interpretar sus normas y modular su aplicación en función de situaciones individuales.² "No se trata simplemente de llegar a una solución equitativa, sino de llegar a una solución equitativa que se funde en el derecho aplicable."³

Como lo ha expresado el *Institut de Droit International*:

"La equidad es normalmente inherente a una sana aplicación del derecho, y... el juez internacional está obligado—al igual que el juez interno—, por la naturaleza misma de su función, a tomarla en cuenta en la medida compatible con el respeto del derecho."⁴

Diferente de lo anterior es la decisión *ex aequo et bono*. El tribunal autorizado para decidir un diferendo *ex aequo et bono* (según lo que es

¹ Reports 1969, ps. 47-48.

² Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la *Plataforma Continental entre Túnez y Libia*. Reports 1982, p. 60.

³ Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la *Competencia en Materia de Pesquerías*. Reports 1974, ps. 33 y 202. Ver también la sentencia de la Corte en el caso relativo al *Diferendo Fronterizo*. Reports 1986, ps. 567-568.

⁴ *Annuaire*. t. 40, p. 27.

"justo y correcto") puede prescindir de aplicar las normas positivas a fin de alcanzar una solución que le parezca justa y apropiada. Un poder de esta clase sólo puede ser conferido a un tribunal por un acuerdo claro y expreso entre las partes litigantes (artículo 38, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). *EX AEUO ET BONO*

LA CODIFICACIÓN

La dispersión de los materiales que constituyen la costumbre, su relativa inaccesibilidad y la imprecisión del derecho consuetudinario han dado un poderoso ímpetu a la codificación del derecho internacional.

La codificación consiste en enunciar en forma escrita, de manera sistemática y obligatoria para los Estados, las reglas del derecho internacional común. Ella se realiza por medio de tratados o convenciones de carácter multilateral.

Los Estados no han pretendido elaborar un código completo de derecho internacional público, pero han tratado de codificar algunos de sus sectores.

En 1930 se celebró en La Haya una conferencia de codificación que produjo muy escasos resultados. En América los esfuerzos de codificación tuvieron mejor fortuna: en varias conferencias panamericanas los países del Continente adoptaron convenciones que codifican reglas del derecho internacional consuetudinario (sobre funcionarios diplomáticos, asilo diplomático, neutralidad marítima, etc.).

Las Naciones Unidas dieron notable impulso a la codificación. Su Carta dispuso que la Asamblea General promovería estudios y haría recomendaciones para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Con este fin, la Asamblea estableció una Comisión de Derecho Internacional, compuesta actualmente por treinta y cuatro especialistas.

La Comisión elabora textos sobre diversas ramas del derecho internacional, los somete a los gobiernos, los revisa a la luz de los comentarios hechos por ellos y los presenta a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Si lo considera oportuno, Naciones Unidas

convoca, bajo sus auspicios, a una conferencia diplomática. La Conferencia, tomando como punto de partida el texto de la Comisión, *adopta* por la mayoría prevista en su Reglamento, un texto de convención.

El tratado o convención que emerge al final del proceso codificador no es una mera "fotografía" de las reglas existentes. Durante este proceso se despejan incertidumbres, se resuelven divergencias sobre el contenido de algunas normas y se reformulan ellas a la luz de las condiciones actuales.

Los trabajos de la Comisión han servido de base a varias convenciones, tales como las relativas a relaciones diplomáticas, a relaciones consulares, al derecho del mar y al derecho de los tratados.

Estas convenciones sólo vinculan a los Estados que manifiesten formalmente su consentimiento en obligarse por ellas.

Por otra parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Gobierno de Suiza han promovido la codificación del llamado "derecho humanitario", que versa sobre temas tales como la protección de los enfermos y heridos de la fuerzas armadas en campaña, prisioneros de guerra y protección de la población civil durante las hostilidades.

En América la labor de codificación regional es realizada por el Comité Jurídico Interamericano, que es uno de los órganos de la OEA.

La Comisión de Derecho Internacional y las conferencias de codificación no se han limitado a la clarificación y sistematización del derecho vigente. También han realizado una labor de reelaboración evolutiva y de desarrollo progresivo del derecho internacional para adecuarlo a las transformaciones que se han producido en la comunidad internacional. Por otra parte, la participación en los trabajos de la Comisión de juristas que representan a las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo y el carácter prácticamente universal de las conferencias de codificación han permitido que las normas formuladas reflejen un equilibrio entre las diversas concepciones y tendencias y cuenten con la aceptación de los nuevos Estados que se han incorporado a la comunidad internacional.¹

¹ R. Ago. "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", en *Recueil des Cours*, t. 134 (1971-III), p. 308.

DERECHO DE LOS TRATADOS

CODIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS TRATADOS

La mayor parte del derecho de los tratados fue codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Ella fue elaborada por una conferencia internacional, reunida en Viena, sobre la base de un proyecto redactado por la Comisión de Derecho Internacional durante dieciséis años de trabajo.

Muchas de las reglas enunciadas en la Convención codifican normas de derecho internacional consuetudinario; otras constituyen, más bien, desarrollo progresivo del derecho internacional. Atendida la autoridad de la Convención, es probable que, a medida que la práctica de los Estados y la jurisprudencia se conformen a sus disposiciones, el contenido de éstas pase a incorporarse al derecho internacional consuetudinario.

La Convención se limita al ámbito de los tratados que tengan forma escrita y se celebren entre Estados. Quedan, pues, fuera de su ámbito los acuerdos que no constan por escrito y aquellos en que son partes otros sujetos de derecho internacional.

La Convención, en cuanto tal, no tiene efecto retroactivo: sólo se aplica a los tratados celebrados después que ella entró en vigor (27 de enero de 1980), no a los celebrados con anterioridad. Su Preámbulo deja en claro que las normas de derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo las cuestiones no reguladas por la Convención.

La Convención ha sido complementada por la Convención sobre Sucesión de Estado en Materia de Tratados (Viena, 1978) y por la

Convención sobre el Derecho de los Tratados Celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (Viena, 1986).

La exposición sobre el derecho de los tratados que presentaremos a continuación se basa fundamentalmente en las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

DEFINICIÓN

La Convención define un tratado, *para los efectos de la Convención*, como

"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 que sea su denominación particular."

Para que el acuerdo de voluntades entre Estados constituya un tratado debe estar regido por el derecho internacional. No es tratado un acuerdo entre Estados sometido a un derecho nacional determinado, como un contrato por el cual un Estado vende a otro, según su propio derecho interno, un palacio situado en su territorio o un reactor nuclear.

Como hemos dicho, la Convención de Viena sólo se aplica a los tratados entre Estados que consten por escrito.

El tratado está destinado a producir efectos jurídicos, es decir, a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones internacionales.

ESTRUCTURA DE LOS TRATADOS

Es corriente que los tratados estén precedidos de un título, tal como Tratado de Paz y Amistad, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, Carta de las Naciones Unidas.

En algunos tratados se individualizan las *partes contratantes*.

El Preámbulo del tratado, que es parte integrante de éste, enuncia el objeto y fin del tratado.

Vienen luego las disposiciones de fondo del tratado y las llamadas cláusulas finales relativas a la forma de manifestar el consentimiento, reservas, entrada en vigor, denuncia, etc.

Termina el tratado indicando la fecha y el lugar de la adopción de su texto y, si el tratado está redactado en varios idiomas, aquel que constituye su texto auténtico. Ciertos tratados son firmados por los plenipotenciarios.

Algunos tratados van acompañados de anexos que reglamentan materias de carácter técnico. Los anexos son también parte integrante del tratado.

CAPACIDAD PARA CELEBRAR TRATADOS

Todo Estado independiente tiene capacidad para celebrar tratados.

Los Estados y territorios dependientes pueden ser autorizados por el Estado del cual dependen para celebrar algunas categorías de tratados.

En los Estados federales la capacidad para celebrar tratados corresponde, en principio, exclusivamente al Gobierno federal. Sin embargo, la Constitución de algunos Estados federales, como Suiza y la República Federal de Alemania, reconoce a los miembros integrantes de la Federación una capacidad limitada para celebrar ciertos tipos de tratados.

Poseen también capacidad contractual la Santa Sede, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales de carácter intergubernamental.

PLENOS PODERES

Los diversos actos relativos a la celebración de un tratado se realizan normalmente por representantes del Estado investidos de plenos poderes (plenipotenciarios). Los plenos poderes son emitidos por la autori-

dad interna competente y en ellos se indica en qué etapas de la celebración del tratado puede participar el representante.

Sin embargo, hay personas que, en virtud de sus funciones y sin necesidad de plenos poderes, pueden representar a su Estado en la celebración de un tratado, tales como los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores.

Si los poderes del representante designado para celebrar un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esta restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento, a menos que ella haya sido notificada con anterioridad a los demás negociadores.

PROCEDIMIENTOS PARA LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS

RG → cualquier cosa.
El derecho internacional no establece un procedimiento único para la celebración de tratados. Los Estados que intentan celebrar un tratado pueden convenir cualquier procedimiento o forma. En particular, pueden acordarse a un procedimiento formal o a uno simplificado.

El procedimiento formal

El procedimiento formal de celebración de tratados comprende usualmente las siguientes etapas:

1) La negociación y la adopción del texto

Un tratado es el resultado de una negociación. La negociación de los tratados bilaterales se realizan por la vía diplomática o por plenipotenciarios designados por ambos países. Al término de la negociación se establece el texto del tratado.

Los tratados multilaterales se negocian y adoptan en conferencias internacionales de plenipotenciarios, especialmente convocadas (conferencias diplomáticas), o por un órgano de una organización internacional, como la Asamblea General de las Naciones Unidas. Así, por ejemplo, la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el

Derecho del Mar, después de prolongadas negociaciones, adoptó la Convención sobre el Derecho del Mar en 1982, y la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1965 la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

La conferencia diplomática adopta el texto del tratado por la mayoría convenida, generalmente dos tercios de los Estados presentes y votantes. El órgano de una organización internacional adopta el texto del tratado por una resolución mayoritaria suya.

Ni la conferencia diplomática ni el órgano permanente son órganos legislativos: sólo se limitan a adoptar el texto del tratado, el cual no es aún obligatorio.

2) La firma

Los tratados bilaterales y, a veces, los tratados multilaterales son luego firmados por los plenipotenciarios. La firma confiere al tratado carácter auténtico, fija su texto ne varietur y expresa la intención de continuar los trámites posteriores.

Los tratados multilaterales pueden ser firmados en un acto único, pero a veces se señala un plazo dentro del cual los Estados pueden firmar el tratado (firma diferida). Transcurrido este plazo, la firma no es posible, pero un Estado puede adherirse al tratado si está autorizado para ello.

En algunos tratados adoptados por organizaciones internacionales se prescinde del trámite de la firma.

Según la Convención de Viena un Estado deberá abstenerse de actos que frustren el objeto y el fin de un tratado en el período que media entre la firma y la ratificación, o entre la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado y la entrada en vigor del mismo.

3) La manifestación del consentimiento en obligarse

El tratado que ha sido firmado no es aún obligatorio. Para que el contenido del tratado sea obligatorio para un Estado es necesario que haya manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado en la

forma prevista en el mismo. Este consentimiento se expresa comúnmente por medio de la *ratificación* o de la *adhesión*.

La ratificación es el acto mediante el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado que ha sido firmado por sus plenipotenciarios.

La adhesión es el acto mediante el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado que no ha firmado. La adhesión sólo puede tener lugar cuando ha sido prevista en el tratado mismo o en un acuerdo especial. Tiene carácter definitivo y no requiere de un acto posterior de confirmación o "ratificación".

La ratificación y la adhesión revisten la forma de un instrumento, firmado y sellado, por el cual se acepta definitivamente el tratado y se promete que será respetado. Este instrumento emana del órgano interno competente para celebrar tratados (en Chile, el Presidente de la República). Tanto la ratificación como la adhesión deben ser precedidas por la aprobación parlamentaria del tratado si el respectivo derecho interno así lo requiere.¹

④ - El canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión

En los tratados bilaterales el instrumento de ratificación emanado de cada parte debe ser entregado a la otra (canje). En los tratados multilaterales los instrumentos de ratificación o de adhesión se confían a la custodia del *depositario* que designa el tratado. El depositario puede ser el Gobierno anfitrión de la conferencia que adoptó el tratado, el Secretario General de las Naciones Unidas, el Secretario General de la OEA, o cualquier otro. El órgano depositario recibe todos los instrumentos relativos al tratado (ratificaciones, adhesiones, reservas, denuncias, etc.) y transmite copia certificada de ellos a los demás Estados interesados.

¹ En lenguaje corriente se dice que el Congreso o Parlamento "ratifica" los tratados. Esta terminología es incorrecta. El Congreso, Parlamento u otro órgano de representación popular sólo "aprueba" el tratado antes de su ratificación.

También los Estados pueden convenir en celebrar un tratado siguiendo un procedimiento simplificado en que se omitan algunas etapas del procedimiento formal.

Los procedimientos simplificados más comunes son dos: la firma del tratado por los representantes y el canje de los instrumentos que constituyen el tratado.

La firma de los representantes. En este caso, la *sola firma* (no seguida por la ratificación) del texto que ha sido negociado hace constar el consentimiento final del Estado signatario en obligarse por el tratado.

El canje de los instrumentos que constituyen el tratado (canje de notas). Este canje consiste en lo siguiente: uno de los dos Estados que van a contratar dirige al otro una nota diplomática en que le propone ciertas disposiciones convencionales y le expresa que la respuesta favorable a dicha nota constituirá un acuerdo entre ambos gobiernos. El Estado que recibe la nota la contesta favorablemente y acepta las disposiciones que le han sido propuestas. El canje de ambas notas constituye el tratado.

La Corte Internacional de Justicia resolvió que un "Comunicado conjunto", sin firma, emitido en Bruselas en 1975 por los Primeros Ministros de Grecia y Turquía, constituía un acuerdo internacional destinado a someter al arreglo judicial cierta controversia entre ambos países.¹

Los procedimientos simplificados se aplican generalmente a la celebración de tratados bilaterales. También es posible que los Estados acuerden un procedimiento simplificado para la celebración de un tratado multilateral, particularmente si los contratantes son pocos. Así, por ejemplo, los contratantes pueden convenir en obligarse por la sola firma del tratado.

Los tratados o acuerdos concluidos mediante un procedimiento simplificado tienen el mismo valor jurídico que los celebrados mediante un procedimiento formal.

¹ Caso de la *Plataforma Continental del Mar Egeo* (competencia). *Reports* 1978, p. 39.

Los procedimientos simplificados gozan hoy de mucho favor. Sin embargo, no siempre es posible seguirlos, particularmente si el tratado es contrario a disposiciones legales internas, versa sobre materias que son materia de ley o requiere la aprobación parlamentaria.

DISPOSICIONES CHILENAS
SOBRE CELEBRACIÓN DE TRATADOS

La Constitución Política de Chile que entró en vigencia el 11 de marzo de 1981 menciona entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de

"... llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso, conforme a lo prescrito en el artículo 50, N° 1°...". (Artículo 32 N° 17).

Según el artículo 50 N° 1° de la Constitución es atribución exclusiva del Congreso:

"1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado, podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 61..."

El decreto N° 1.173 (Relaciones Exteriores) de 8 de noviembre de 1990 dispone que la autoridad competente para representar al Estado en los actos relativos a la negociación, conclusión y firma de los tratados es el Ministro de Relaciones Exteriores. Según este decreto, el Ministro de Relaciones Exteriores está facultado para otorgar plenos poderes a otros funcionarios del Estado para negociar, concluir y/o firmar tratados.

La ley N° 18.158 de 18 de agosto de 1982 establece reglas sobre publicación de tratados internacionales.

REGISTRO DE LOS TRATADOS

El artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas establece:

"1. Todo tratado y todo acuerdo internacional concertados por cualesquiera Miembros de las Naciones Unidas, después de entrar en vigor esta Carta, serán registrados en la Secretaría y publicados por ésta a la mayor brevedad posible/

2. Ninguna de las partes en un tratado o acuerdo internacional que no haya sido registrado conforme a las disposiciones del párrafo 1 de este Artículo, podrá invocar dicho tratado o acuerdo ante órgano alguno de las Naciones Unidas."

La falta de registro de un acuerdo o tratado no afecta la validez del mismo, el que es vinculante para las partes contratantes. La sanción por la falta de registro es que ninguna de las partes puede invocar dicho acuerdo o tratado ante órgano alguno de las Naciones Unidas. Uno de estos órganos —el órgano judicial principal de las Naciones Unidas— es la Corte Internacional de Justicia.

[LAS RESERVAS]

En principio, un tratado es obligatorio en la totalidad de sus disposiciones. Sin embargo, si un Estado desea llegar a ser parte en un tratado

multilateral, pero sin quedar vinculado por algunas de sus disposiciones, puede formular reservas a dicho tratado.

154/ La reserva es una declaración unilateral hecha por un Estado con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Ejemplo de una reserva: se ha celebrado una convención multilateral sobre represión del tráfico ilícito de estupefacientes, una de cuyas disposiciones establece que las controversias que surjan entre las partes contratantes sobre la interpretación o aplicación de la convención podrán ser sometidas por cualquiera de las partes a la Corte Internacional de Justicia. El Estado que desea obligarse por esta convención, pero sin esta disposición, puede formular una reserva a esta última. Por efecto de esta reserva, le será aplicable la convención sin la disposición reservada.

La reserva establece un régimen convencional particular respecto del Estado que la formula, pues el tratado o convención no le es aplicable en su totalidad. La convención sólo se aplica en su integridad entre los Estados que no han formulado reservas a ella.

Las reservas permiten la participación de un mayor número de Estados en un tratado o convención; pero esta participación más amplia se hace a expensas de la unidad del régimen convencional.

Las reservas son propias de los tratados multilaterales. En los tratados bilaterales la reserva hecha por un contratante significaría simplemente una nueva oferta para negociar.

Debe distinguirse entre una reserva y una enmienda a un tratado. Una enmienda modifica una o más disposiciones del tratado mismo. En cambio, una reserva no altera el tratado; sólo cambia las obligaciones asumidas por el Estado que la formuló.

Las reservas deben formularse al firmar, ratificar o adherir al tratado. Una reserva puede retirarse en cualquier momento.

El régimen jurídico aplicable a las reservas es bastante complejo. Es por ello que muchas convenciones multilaterales modernas contienen cláusulas específicas sobre reservas a ellas. Algunas de estas cláusulas prohíben toda reserva; otras las permiten sólo respecto a determinados artículos del tratado.

En 1951 la Corte Internacional de Justicia emitió una opinión consultiva sobre *Reservas a la Convención sobre la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio*. Esta opinión inspiró los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena relativos a las reservas a los tratados. El régimen de Viena es complejo y algunas de sus disposiciones son de difícil interpretación. Nos limitaremos a hacer una síntesis de dicho régimen.

Todo Estado que participe en el proceso de celebración de un tratado multilateral o que adhiera a él tiene derecho a formular reservas al mismo, a menos que la reserva esté prohibida por el tratado o sea contraria al objeto y el fin del mismo.¹

Si la reserva está autorizada expresamente por el tratado no se requiere la aceptación de los demás Estados contratantes. Pero ¿cuál es la situación jurídica si las reservas que se formulan no están expresamente prohibidas ni expresamente permitidas por el tratado? En este caso cada uno de los demás Estados partes puede aceptar o rechazar la reserva. La aceptación o el rechazo de la reserva produce los siguientes efectos:

1° Aceptación de la reserva En las relaciones entre el Estado autor de la reserva y los Estados que la aceptaron expresa o tácitamente, las disposiciones del tratado a que se refiere la reserva quedan modificadas en la medida determinada por la misma.

2° Objeción a la reserva pero sin oposición a la entrada en vigor del tratado. Si un Estado objeta la reserva sin oponerse a que el tratado entre en vigor entre él y el Estado que formuló la reserva, el tratado estará vigente entre ambos, pero las disposiciones a que se refiere la reserva "caen", es decir no se aplicarán entre los dos Estados.

3° Objeción a la reserva con oposición a la entrada en vigor del tratado. Si un Estado objeta la reserva pero se opone a que el tratado entre en vigor entre él y el Estado que formuló la reserva, no habrá tratado entre ambos Estados.

¹ El requisito de que la reserva no sea contraria al objeto y fin del tratado es más bien teórica, pues es cada uno de los demás Estados contratantes el que decide, por su aceptación o rechazo de la reserva, si ella cumple o no con este requisito.

4º Reserva a un tratado "restringido". Cuando del número reducido de Estados negociadores y del objeto y 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.

ENTRADA EN VIGOR DE LOS TRATADOS

Aunque varios Estados hayan manifestado su consentimiento en obligarse por un tratado, este tratado no desplegará sus efectos, estará "dormido", hasta que haya entrado en vigor. La entrada en vigor del tratado señala el comienzo de su eficacia. Es a la fecha en que el tratado entre en vigor que comenzará a regir entre los Estados que hayan manifestado su consentimiento en obligarse por él. Se llaman "Estados partes" aquellos Estados que han manifestado su consentimiento en obligarse por un tratado que está en vigor.

Un tratado puede disponer que entrará en vigor a la fecha del canje de los instrumentos de ratificación, después que haya transcurrido cierto plazo a partir de la fecha en que se haya depositado cierto número de ratificaciones o de adhesiones, etc. *Regla Residual.*

A falta de disposición o acuerdo sobre la entrada en vigor rige la regla residual establecida en el artículo 24, párrafo 2, de la Convención de Viena: el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

Algunos tratados bilaterales no han entrado en vigor porque nunca fueron ratificados por los Estados signatarios. Convenciones multilaterales no han entrado en vigor porque no han alcanzado a reunir el número de ratificaciones o adhesiones convenido en ellas para su entrada en vigor.

Es posible que el tratado disponga o los Estados negociadores convengan que el tratado se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor. La aplicación provisional de un tratado respecto de un Estado termina si éste notifica a los Estados entre los cuales el

tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en él.

Las disposiciones procesales de un tratado, como las relativas a las formas de expresar el consentimiento en obligarse, a la manera y fecha de su entrada en vigor y a las funciones del depositario, se aplican desde el momento de la adopción de su texto.

INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

La interpretación de los tratados tiene mucha importancia. Varios litigios internacionales versan sobre interpretación de tratados.

Un problema de interpretación surge cuando el sentido de un tratado es dudoso o controvertido. La interpretación del tratado tiene por objeto determinar el sentido y alcance de sus disposiciones. Antes de aplicar un tratado hay que interpretarlo correctamente.

Los Estados que son partes en un tratado pueden fijar, por medio de un acuerdo, el sentido de normas del mismo. Este procedimiento es similar a la interpretación auténtica de las leyes internas que efectúa el Poder Legislativo por medio de leyes interpretativas.

En caso de que los Estados contratantes no lleguen a acuerdo respecto de la interpretación de un tratado pueden someter el diferendo a un tribunal arbitral o judicial.

Tres son las tendencias principales sobre interpretación de tratados. Una favorece la búsqueda de la intención de los Estados contratantes por todos los medios al alcance del intérprete. Una segunda da mayor importancia al texto mismo del tratado. La tercera, llamada teleológica, atribuye mayor valor en la interpretación al objeto y fin del tratado.

La Convención de Viena integra estas tres tendencias, pero privilegia la interpretación textual de los tratados.

Las reglas sobre interpretación de tratados están contenidas en los artículos 31 a 33 de dicha Convención, los cuales son considerados como una codificación del derecho internacional consuetudinario sobre esta materia.

La regla general de interpretación es la siguiente:

- INTENCIÓN
- TEXTO
- FIN.

R6 K) "Un tratado debería interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". (Artículo 31, inciso 1 de la Convención). >>

La interpretación textual ha sido favorecida también por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha declarado que

"el primer deber de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es esforzarse por dar efecto, según su sentido natural y corriente, a estas disposiciones tomadas en su contexto. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye una significación natural y corriente, son equívocas o conducen a resultados irrazonables, es entonces –y solamente entonces– que la Corte debe buscar por otros métodos de interpretación lo que las Partes tenían en realidad en mente cuando utilizaron las palabras de que se trata." ¹

No es, pues, totalmente exacto decir que la interpretación tiende a determinar la voluntad común o la intención de las partes contratantes. Lo propio es decir que la interpretación tiende a precisar esta voluntad común tal como ha sido expresada en el texto convencional y a partir de éste. El texto convencional comprende también el preámbulo y los anexos del tratado.

En su labor el intérprete deberá, además, tomar en cuenta los acuerdos entre las partes acerca de la interpretación del tratado, la práctica seguida por las partes en la aplicación del mismo y las normas pertinentes de derecho internacional.

Debe darse a un término de un tratado un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

En todo caso, la interpretación está sujeta al principio fundamental de la buena fe. El principio de la buena fe obliga a las partes a aplicar el tratado de manera razonable y de modo tal que su fin pueda ser

¹ Competencia de la Asamblea General sobre la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas. Reports 1950, p. 8.

logrado. Sería contrario a este principio valerse de una ambigüedad del texto para sostener una interpretación abiertamente contraria a la intención de las partes. De la buena fe deriva también el principio de la eficacia según el cual cuando una disposición del tratado se presta a dos interpretaciones, una de las cuales permite darle efectos y la otra no, debe preferirse la primera.

Métodos de interpretación complementarios

Es posible que la interpretación a que se llegue aplicando el principio fundamental ya visto deje ambiguo u oscuro el sentido de la disposición interpretada, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. En este caso podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) del tratado y a las circunstancias de su celebración. También puede acudir a estos medios complementarios para confirmar la interpretación a que se llegó aplicando el principio general de interpretación.

* TRABAJO PREPARATORIO
* CIRCUNSTANCIAS

EFFECTOS DE LOS TRATADOS

Entre las partes contratantes

Es un principio fundamental de derecho internacional que un tratado en vigor obliga a las partes contratantes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. El principio pacta sunt servanda (lo pactado obliga) es la norma más importante del derecho internacional.

Un Estado no puede invocar su legislación ni las deficiencias de ella para dejar de cumplir las obligaciones que le impone un tratado. Es el orden jurídico interno el que debe adaptarse al tratado y no el tratado al orden jurídico interno.

Respecto de terceros Estados

El principio general es que un tratado no crea derechos ni obligaciones para un tercer Estado sin su consentimiento. Tercer Estado es aquel que no es parte en el tratado.

Sin embargo, es posible que las partes en un tratado hayan tenido la intención de conferir derechos a terceros Estados, como el derecho a navegar una vía de agua internacional. En este caso, según la Convención de Viena, el tratado da origen a derechos para un tercer Estado si éste "asiente en ello". Este asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa.

Respecto de estipulaciones en favor de un tercer Estado la Corte Permanente de Justicia Internacional tuvo ocasión de expresar:

"No se puede presumir fácilmente que estipulaciones ventajosas para un tercer Estado hayan sido adoptadas con el fin de crear en su favor un verdadero derecho. Sin embargo, nada impide que la voluntad de Estados soberanos pueda tener este objeto y este efecto. La existencia de un derecho adquirido en virtud de un acto celebrado por otros Estados es, pues, una cuestión de especie: se trata de comprobar si los Estados que han estipulado en favor de otro Estado han entendido crear para él un verdadero derecho, que este último haya aceptado como tal." ¹

También la disposición contenida en un tratado puede dar origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado *acepta expresamente por escrito esa obligación.*

El principio general de que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento no impide que una norma puramente convencional en su origen llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como *norma consuetudinaria*. En este caso, el tercer Estado está vinculado no por la norma convencional propiamente tal sino por una norma consuetudinaria del mismo contenido surgida posteriormente.

¹ Series A/B, N° 46, p. 147.

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado puede estar afectado por vicios que ocasionan la nulidad del tratado.

Las disposiciones de un tratado nulo carecen de fuerza jurídica. Si no obstante se han ejecutado actos basándose en dicho tratado, todo Estado que sea parte en el mismo podrá exigir que, en la medida de lo posible, se restablezca la situación que habría existido si no se hubieran ejecutado dichos actos.

No debe confundirse la nulidad de un tratado con la terminación de un tratado. La terminación supone un tratado válido que, por causales tales como el cumplimiento del plazo por el cual deba regir, deja de producir efectos jurídicos en el futuro. En cambio, la nulidad opera *ab initio* (desde el comienzo). /

La nulidad de un tratado es excepcional. El tratado se considera válido hasta que su nulidad sea reconocida o legalmente declarada.

Las causales de nulidad admitidas por la Convención de Viena son las siguientes:

1) Irregularidad del consentimiento según el derecho interno

El derecho interno de cada Estado señala cuál es el órgano que tiene competencia para celebrar tratados en nombre de ese Estado (*treaty-making power*), como también las limitaciones a que está sujeto dicho órgano en el ejercicio de tal competencia. Así por ejemplo, la Constitución puede exigir la aprobación parlamentaria de los tratados.

Ahora bien, ¿cuál es la situación que se presenta si el órgano competente (por ejemplo, el Presidente de la República) manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado en violación de una disposición de derecho interno que limita su competencia para celebrar tratados y, por ejemplo, no obtiene la aprobación parlamentaria previa? ¿Puede el Estado alegar esta omisión como causal de nulidad?

La Convención de Viena le niega este derecho "a menos que esta violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno."

2) Falta de capacidad del representante

Cuando el representante para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse (*plenipotenciario*) no ha respetado restricciones específicas contenidas en sus plenos poderes, el tratado es nulo, pero siempre que tales restricciones hayan sido previamente notificadas a los Estados negociadores.

3) Error, dolo, corrupción del representante de un Estado, o coacción en su contra

El error vicia el consentimiento si se refiere a un hecho o a una situación que constituya una base esencial de dicho consentimiento. Sin embargo, un Estado no podrá invocar la nulidad si contribuyó con su conducta al error o si las circunstancias fueron tales que hubiera quedado advertido de la posibilidad de error.

Si un Estado ha sido inducido a celebrar un tratado por la conducta fraudulenta de otro Estado negociador (dolo), o si su consentimiento ha sido obtenido mediante la corrupción de su representante o la coacción ejercida sobre éste mediante actos o amenazas, el tratado estará también viciado de nulidad. Un ejemplo de coacción es la que fue ejercida por Hitler sobre el Dr. Hacha, Presidente de Checoslovaquia, para forzarlo a firmar el acuerdo de 15 de mayo de 1939.

A) Coacción en contra del Estado

Respecto de la fuerza o amenaza de la fuerza dirigida contra el Estado mismo, la Convención de Viena dispone:

"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."

Es éste también un principio de derecho internacional general que ha sido enunciado por la Corte Internacional de Justicia:

"Casi no hay duda, como está implícito en la Carta de las Naciones Unidas y como lo reconoce el artículo 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que un acuerdo celebrado bajo la amenaza o el uso de la fuerza es nulo según el derecho internacional contemporáneo."¹

El principio enunciado es consecuencia de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, reconocido por el derecho internacional en los últimos años. Hasta la época de la Sociedad de las Naciones no se consideraba ilegal el empleo de la fuerza y se admitía la validez de los tratados impuestos por la violencia.

5) Infracción de una norma imperativa (jus cogens)

En los escritos de varios autores se ha formulado el principio de que existen ciertas normas generales imperativas de orden superior (jus cogens) que los Estados no pueden desconocer por acuerdo entre ellos. Así, por ejemplo, Lord McNair, autor de un libro clásico sobre tratados, escribe:

"Es difícil imaginar una sociedad, sea de personas o de Estados, en que la ley no fije algún límite a la libertad contractual. En toda comunidad civilizada hay reglas de derecho y principios morales que la ley no permite a los individuos ignorar o modificar por medio de acuerdo entre ellos."²

¹ Caso de la *Competencia en Materia de Pesquerías* (competencia). *Reports* 1973, p. 59.

² *Law of Treaties*. 1961, ps. 213-214.

La noción de *jus cogens* dio lugar a un animado debate en la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La Convención allí adoptada consagró el principio siguiente:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.”

→ *jus cogens*

Normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*) son aquellas que han sido reconocidas por la comunidad de Estados en su conjunto como normas que reflejan valores de importancia fundamental para la humanidad y que, por lo tanto, no admiten acuerdo en contrario. Ellas sólo pueden ser modificadas por normas de derecho internacional general que tengan el mismo carácter. Ejemplos de estas normas serían las que prohíben la agresión, la trata de esclavos, la piratería y el genocidio.

Las normas de *jus cogens* son escasas y de acentuada connotación ética.¹

Clases de nulidad

La nulidad de un tratado puede ser relativa o absoluta.

Son causales de nulidad relativa: la falta de capacidad del representante, el error, el dolo y la corrupción del representante.

La nulidad relativa debe ser alegada por la parte que ha sido víctima del vicio que la ocasiona y puede sanarse si la parte afectada, después de haber tomado conocimiento de los hechos que la constituyen, ha convenido en que el tratado sea válido o, por su comportamiento, ha dado su aquiescencia a la validez del mismo.

¹ El artículo 53 de la Convención de Viena expresa que, para los efectos de ella, una norma imperativa de derecho internacional "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."

Son causales de nulidad absoluta: la coacción sobre el representante de un Estado, la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza y la violación de una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*).

La nulidad absoluta puede ser alegada por cualquier interesado y aun declarada de oficio por un tribunal. Ella no puede ser saneada.

En todo caso, un Estado no puede declarar la nulidad de un tratado por sí y ante sí; sólo puede *invocar* esta nulidad. Corresponde a las partes mismas, actuando de común acuerdo, o a un tribunal u órgano competente, comprobar o declarar esta nulidad.

Declaración de nulidad

TERMINACIÓN DE LOS TRATADOS

La terminación de un tratado exime a las partes de seguir cumpliéndolo, pero esta terminación no afecta los derechos ni las situaciones jurídicas creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.

No hay que confundir la terminación con la nulidad de un tratado. Un tratado es nulo y carece de fuerza jurídica si está afectado por un vicio incurrido en el momento de su celebración. Una vez que la nulidad ha sido reconocida o declarada, el tratado es considerado nulo *ab initio*. La terminación, en cambio, supone un tratado válido cuyos efectos cesan, para el futuro, por un hecho sobreviniente.

La nulidad de los tratados es rara y excepcional, en tanto que su terminación es frecuente y normal en las relaciones internacionales.

Las causales de terminación de un tratado pueden ser agrupadas en tres categorías:

- ① causales previstas en el propio tratado, ✓
- ② la voluntad común de las partes contratantes, y ✓
- ③ causales contempladas por el derecho internacional general. ✓

1 Causales previstas en el propio tratado

Los tratados contienen normalmente disposiciones sobre su propia terminación. Así, por ejemplo, un tratado puede señalar un plazo de vigencia, o contener una condición resolutoria, o permitir su denuncia por una de las partes con un preaviso de cierto tiempo, o estipular que estará en vigor durante cierto plazo al término del cual se entenderá renovado automática y sucesivamente por períodos iguales a menos que una de las partes lo denuncie antes del término de cada período.

¿Puede una de las partes denunciar un tratado bilateral o retirarse de un tratado multilateral si el tratado no contiene una cláusula expresa de denuncia o de retiro? Trataremos este problema al referirnos a las causales de terminación previstas por el derecho internacional general.

2 La voluntad común de las partes contratantes

Un tratado puede terminar en cualquier momento por la voluntad común de todas las partes contratantes (abrogación). La abrogación puede ser expresa o tácita.

La abrogación expresa resulta de un tratado que pone término expresamente a otro tratado anterior.

La abrogación tácita se produce si todas las partes en un tratado celebran ulteriormente otro tratado sobre la misma materia con la intención de que la materia se rija por el nuevo tratado, o si las disposiciones del nuevo tratado son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente. En estos casos, el tratado anterior llega a su fin.

3 Causales previstas por el derecho internacional

1) La denuncia y el retiro

La denuncia es la notificación que hace una parte en un tratado bilateral a la otra parte contratante expresándole su voluntad de poner fin al

tratado. En los ^{RETIRO.} [tratados multilaterales] la denuncia (llamada retiro) expresa la voluntad de una de las partes a todas las demás de retirarse del régimen del tratado. La denuncia o el retiro deben hacerse en conformidad a las cláusulas del tratado.

Las cláusulas finales de los tratados contienen habitualmente disposiciones sobre denuncia y retiro. Ellas disponen, por ejemplo, que el tratado (bilateral) tendrá una duración indefinida, pero que cualquiera de las partes podrá ponerle término con un aviso previo de un año; o que cualquiera de las partes en la convención (multilateral) podrá retirarse de ella en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, y que el retiro surtirá efecto un año después de la fecha en que la notificación haya sido recibida por el Secretario General.

¿Puede un Estado denunciar o retirarse de un tratado si el tratado nada dice al respecto?

El principio tradicional es que una parte no puede denunciar un tratado bilateral o retirarse de un tratado multilateral a menos que el tratado se lo permita expresamente o que los demás contratantes consientan en ello.

La Convención de Viena, en su artículo 56, adoptó un punto de vista más flexible:

"1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos:

- a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o
- b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

2. Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1."

Algunos de los términos empleados en esta disposición son imprecisos. Puede ser difícil determinar si fue la intención de las partes admitir

la denuncia o el retiro de cierto tratado, o si el derecho de denuncia o retiro puede inferirse de la naturaleza del tratado. A un tratado bilateral que establezca una frontera no le será aplicable normalmente ninguna de las dos excepciones previstas en el artículo 56 porque es de presumir que las partes tuvieron la intención de establecer una situación permanente. En cambio un tratado que establece un modus vivendi de carácter temporal podría, en ciertas circunstancias, ser objeto de denuncia o de retiro.

2) La imposibilidad subsiguiente de cumplimiento *x después del tdo*

Un Estado puede alegar la imposibilidad de cumplir un tratado para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Por ejemplo, se ha celebrado un tratado respecto de una isla o de un río y la isla se hunde o el río se seca.

Si la imposibilidad es temporal podrá alegarse únicamente como causal para suspender la aplicación del tratado.

3) El cambio fundamental de circunstancias

La doctrina tradicional enseñaba que los tratados debían considerarse celebrados con la cláusula tácita rebus sic stantibus (mientras las cosas permanezcan), la cual habilitaría a una de las partes para desligarse de las obligaciones impuestas por un tratado cuando se produjere un cambio esencial de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del tratado. Los autores contemporáneos no recurren a la ficción de la cláusula tácita: ellos admiten que existe un principio de derecho internacional objetivo según el cual un cambio fundamental de circunstancias constituye, bajo ciertas condiciones, una causal de terminación de un tratado.

La Convención de Viena dio expresión convencional a esta causal. En efecto, su artículo 62 dispone:

"1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un

tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

- a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y
- b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

- a) si el tratado establece una frontera; o
- b) si el cambio fundamental 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.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado."¹

La disposición precedente es muy restrictiva: el cambio de las circunstancias no puede invocarse, de manera alguna, en las dos situaciones especialmente mencionadas en el párrafo 2. En los demás casos este cambio puede invocarse sólo si concurren varias condicio-

¹ El Gobierno de Chile, al ratificar la Convención sobre el Derecho de los Tratados, formuló la siguiente reserva: "1. La República de Chile declara su adhesión al principio general de la inmutabilidad de los tratados, sin perjuicio del derecho de los Estados de estipular, particularmente, normas que modifiquen dicho principio, por lo cual formula reserva a lo preceptuado en los apartados 1 y 3 del artículo 62 de la Convención, los que considera inaplicables a su respecto. 2. La República de Chile formula objeción a las reservas que se hayan efectuado o se efectuaren en el futuro al apartado 2 del artículo 62 de la Convención."

nes específicas: que el cambio sea fundamental, que no haya sido previsto, etc.

Una de estas condiciones es que el cambio modifique radicalmente el alcance de las obligaciones pendientes: ello significa que "el cambio debe hacer más onerosas las obligaciones que deban cumplirse, hasta el punto de hacer que su cumplimiento sea esencialmente diferente del aceptado originalmente." ¹

La Corte Internacional de Justicia se ha referido a esta causal de terminación en los siguientes términos:

"El derecho internacional admite que si un cambio fundamental de las circunstancias que determinaron a las partes a aceptar un tratado transforma radicalmente el alcance de las obligaciones que el tratado impone, la parte afectada por este cambio puede, bajo ciertas condiciones, basarse en el mismo para invocar la terminación o la suspensión del tratado. Este principio y las condiciones y excepciones a que está sujeto fueron enunciados en el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual puede ser considerado, en muchos aspectos, como una codificación del derecho consuetudinario existente..." ²

El principio estudiado debe invocarse y aplicarse con mucha circunspección y en circunstancias muy excepcionales. De otra manera erosionaría el principio *pacta sunt servanda* y pondría en peligro la seguridad de las relaciones convencionales.

4) Violación grave de un tratado

El Estado agraviado por la violación de un tratado en que es parte tiene derecho a insistir en que el Estado infractor cumpla el tratado y repare

¹ Caso de la *Competencia en Materia de Pesquerías* (competencia), entre Gran Bretaña e Islandia. *Reports* 1973, p. 65.

² *Ibid.* p. 63.

los daños resultantes de su infracción. También tiene la facultad de invocar la violación del tratado, si ella es grave o substancial, como causal de terminación del tratado.

El artículo 60, párrafo 1, de la Convención de Viena que codifica el derecho consuetudinario sobre esta materia, dispone:

"Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra parte para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o suspender su aplicación total o parcialmente."

También dicha Convención establece reglas aplicables al caso de violación grave de un tratado multilateral y reglamenta la acción que pueden tomar las partes agraviadas, ya sea individual o colectivamente.

Esta causal de terminación (y de suspensión) no es aplicable a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en un tratado de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

5) Surgimiento de una nueva norma de *jus cogens*

Ya hemos señalado que es nulo, de nulidad absoluta, un tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma de *jus cogens*, es decir, una norma imperativa de derecho internacional.

Ahora bien, ¿cuál es la situación de un tratado que, al tiempo en que fue convenido, no se oponía a una norma de *jus cogens*, pero que pasa a estar en oposición con una norma de *jus cogens* surgida posteriormente? La Convención de Viena dispone que en este caso el tratado "se convertirá en nulo y terminará" (artículo 64). Esta redacción es defectuosa y contradictoria porque la nulidad y la terminación producen efectos jurídicos diferentes. Lo que la Convención pretendió decir, según se desprende del artículo 71 es que

los efectos de un tratado nulo que tuvieron carácter instantáneo sean mantenidos, pero los que forman parte de una situación continua lleguen a su fin.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a un acuerdo de 1762 entre los Países Bajos y la tribu Saramaca, que hoy es parte de la población de Suriname, estimó que si este acuerdo fuera un tratado internacional

"... hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*. En efecto, en ese convenio los saramacas se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura. Otro artículo faculta a los saramacas a vender a los holandeses en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieren capturar. Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos."¹

LA SUSPENSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS

La aplicación de un tratado puede suspenderse cuando el tratado lo autoriza o por el consentimiento de todas las partes contratantes.

También una de las partes puede alegar ciertas causales para suspender la aplicación del tratado:

- 1) Violación grave de un tratado.
- 2) Imposibilidad temporal de cumplimiento.
- 3) Cambio fundamental de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del tratado.

Estas causales lo son también de terminación de tratados.

¹ Caso *Aloeboetoe y otros*. Reparaciones. Serie C N° 15 (1993), párrafo 57.

PROCEDIMIENTO CON RESPECTO A LA TERMINACIÓN, SUSPENSIÓN O NULIDAD DE UN TRATADO

El Estado que alega una causal de terminación, de suspensión o de nulidad respecto de un tratado en que es parte no puede declarar, por sí y ante sí, terminado, suspendido o nulo dicho tratado. Dicho Estado sólo puede invocar la causal respectiva ante los demás Estados contratantes, pero no actuar unilateralmente. Si los demás contratantes aceptan la existencia de la causal, no hay problema: opera la causal invocada; pero si la objetan surgirá entre el Estado que alega la causal y cada una de las partes que la objeta una controversia internacional susceptible de ser resuelta por alguno de los medios previstos por las partes para la solución de sus controversias.

Los artículos 65 a 67 de la Convención de Viena contienen ciertos principios procesales sobre terminación, suspensión o nulidad de un tratado, que si bien no codifican el derecho consuetudinario, lo reflejan en términos generales. Estos principios están basados en la obligación de comportarse de buena fe.¹ Ellos son los siguientes: la parte que alegue la causal deberá notificar a las demás su pretensión, indicando la medida que se proponga adoptar con respecto al tratado y las razones en que ella se funde. Si dentro de tres meses ninguna parte formula objeciones, la parte que hizo la notificación puede adoptar la medida por ella propuesta; si, por el contrario, alguna de las demás partes formula objeciones dentro de este plazo, las partes deben buscar una solución pacífica. Si dentro de los doce meses contados desde la objección no se ha llegado a una solución, el diferendo debe ser objeto de un procedimiento de conciliación contemplado en los anexos de la Convención. Excepcionalmente, si el diferendo versa sobre las disposiciones relativas al *jus cogens*, cualquiera de las partes puede someterlo unilateralmente a la Corte Internacional de Justicia.

jus cogens → vni, lo fundamental

¹ Corte Internacional de Justicia, caso del *Proyecto Gabčíkovo - Nagymaros* (Hungría / Eslovaquia). *Reports* 1997, p. 65.

LOS ACTOS JURIDICOS UNILATERALES

Los actos unilaterales realizados por un solo Estado en el ámbito de las relaciones internacionales pueden crear obligaciones y producir otros efectos jurídicos a su respecto.

Sólo examinaremos en este capítulo los actos unilaterales autónomos, es decir, aquellos que producen efectos jurídicos por sí mismos, con independencia de otro acto unilateral o convencional.

Los principales actos jurídicos unilaterales autónomos son: la notificación, el reconocimiento, la protesta, la renuncia y la promesa unilateral.

① LA NOTIFICACIÓN

La notificación es un acto por el cual un Estado comunica oficialmente a otro un hecho o una situación. Como consecuencia de ella el Estado notificado no puede alegar desconocimiento del hecho o situación que le ha sido comunicado.

La notificación puede ser obligatoria o facultativa. Es obligatoria, por ejemplo, la notificación del estado de guerra por las Potencias beligerantes a los países neutrales.

② EL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento es el acto o conjunto de actos por medio de los cuales un Estado comprueba y acepta un hecho, una situación, un acto o una pretensión.

El reconocimiento puede constituir prueba de un hecho o situación y llegar a impedir al Estado que lo otorga objetar más tarde la existencia, validez o legitimidad del hecho o situación reconocido.

El reconocimiento tiene en derecho internacional una aplicación amplia: se puede reconocer a un Estado, a un gobierno, una situación territorial, la validez de un tratado o de una sentencia, la nacionalidad de una persona, etc.

El reconocimiento puede ser expreso o tácito. Es [expreso] cuando se hace en términos formales y explícitos; es [tácito] cuando se deduce de cierto hecho o de cierta conducta del Estado que lo manifiesta de manera inequívoca.

③ [LA PROTESTA]

Es un acto expreso por medio del cual un Estado declara su intención de no admitir o reconocer como legítima una pretensión o una situación determinada. La protesta constituye la contrapartida del reconocimiento.

La protesta permite reservar y mantener un derecho del Estado que la formula en todos los casos en que su silencio se miraría como aquiescencia, aceptación o reconocimiento. La protesta impide, pues, la consolidación de una situación adversa para ese Estado.

En el caso de las Pesquerías, entre el Reino Unido y Noruega, la Corte Internacional de Justicia declaró que habiéndose abstenido el Reino Unido de objetar la legitimidad de los decretos noruegos sobre delimitación del mar territorial, o de formular una protesta, debía entenderse que había reconocido implícitamente su validez. La Corte tomó en cuenta el largo tiempo durante el cual Noruega había aplicado el sistema de delimitación establecido por los decretos, la posición de Gran Bretaña como Potencia marítima en el Mar del Norte y sus intereses en las zonas marítimas en cuestión.¹

En el caso de Templo, el mismo Tribunal estimó que la falta de objeción por parte de Siam (hoy Tailandia) al trazado de frontera entre

¹ Reports 1951, ps. 138 y ss.

[Siam y Camboya] hecho en un mapa que le había sido oficialmente comunicado, implicaba aquiescencia por parte de Siam a dicho trazado. Dijo la Corte:

"... las circunstancias eran tales que exigían alguna reacción, dentro de un plazo razonable, por parte de las autoridades de Siam si éstas querían objetar el mapa o tenían alguna duda seria que plantear a su respecto. Ahora bien, ellas no reaccionaron, ni entonces ni durante muchos años, por lo que debe concluirse en su aquiescencia."¹

④ [LA RENUNCIA]

La renuncia es una manifestación de voluntad de abandonar un derecho, una facultad, una pretensión o una reclamación. La renuncia produce la extinción del derecho o pretensión que es objeto de ella.

Un Estado puede renunciar a derechos o pretensiones territoriales, a la inmunidad de sus agentes diplomáticos, a presentar o llevar adelante una reclamación diplomática, etc.

La renuncia puede ser expresa o tácita. La renuncia [tácita] deriva de actos o conductas del Estado que demuestran inequívocamente la intención de renunciar. En todo caso, la renuncia no se presume.

También la renuncia puede efectuarse por medio de un tratado. Así, en el Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Japón, de 1951, el Japón "renuncia toda pretensión a cualquier derecho, título o interés sobre cualquier parte de la región antártica."

⑤ [LA PROMESA UNILATERAL]

La promesa unilateral es una declaración de voluntad formulada por un Estado con la clara intención de obligarse a adoptar cierto comportamiento respecto de otros Estados.

¹ Reports 1962 (fondo), p. 23.

En el caso de los *Ensayos Nucleares* la Corte Internacional de Justicia expresó:

"Se acepta que las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y afectan a situaciones de derecho o de hecho pueden tener como efecto crear obligaciones jurídicas. Las declaraciones de esta naturaleza pueden tener, y de hecho tienen a menudo, un objeto muy preciso. Cuando el Estado autor de la declaración tiene la intención de quedar obligado por sus términos, esta intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico, quedando obligado el Estado interesado a seguir en el futuro una línea de conducta conforme con su declaración... En estas condiciones, no es necesaria ninguna contrapartida para que la declaración produzca efecto, ni tampoco es necesaria aceptación posterior, ni una réplica o reacción por parte de otros Estados, pues ello sería incompatible con la naturaleza estrictamente unilateral del acto jurídico mediante el cual el Estado se ha pronunciado."¹

La Corte basó el carácter obligatorio del compromiso asumido mediante declaración unilateral en el principio de la buena fe.

En el caso concreto sometido a su conocimiento, la Corte estimó que ciertas declaraciones públicas formuladas por el Presidente y por el Ministro de Defensa de Francia en el sentido de que su país se abstendría de continuar realizando ensayos nucleares en la atmósfera, constituían una obligación de Francia hacia la comunidad internacional.

Para que la declaración unilateral obligue al Estado que la ha formulado es necesario que dicho Estado haya tenido la intención de obligarse por sus términos. Dicha intención debe demostrarse claramente. En efecto, no es admisible que un Estado que ha formulado una declaración se encuentre, más tarde, con la sorpresa de que, sin saberlo, ha quedado irrevocablemente vinculado por ella.²

¹ Reports 1974, p. 267.

² Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure* (1983), p. 61.

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

TEORÍAS

Dos teorías han tratado de explicar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: el dualismo y el monismo.

La teoría dualista. Sus más notables exponentes son Triepel y Anzilotti. Según ella, el derecho internacional y el derecho interno son dos órdenes jurídicos diferentes y separados el uno del otro: el derecho internacional emana del acuerdo entre Estados (*pacta sunt servanda*); el derecho interno deriva de la voluntad exclusiva de un Estado.

De esta separación entre ambos órdenes jurídicos, los dualistas deducen que cada uno de estos órdenes sólo es válido dentro de su propia esfera y que ninguna norma perteneciente a uno de ellos es válida como tal dentro del otro. En particular –sostienen– las normas de derecho internacional no son parte del derecho de un Estado ni aplicables directamente dentro del mismo; para que el contenido de una norma internacional pueda tener aplicación dentro de un Estado es necesario que ella se transforme en norma interna, es decir, que el Estado cree una norma interna que admita o incorpore la norma internacional a su orden jurídico.

También sostiene la doctrina dualista que, dada la separación completa entre ambos órdenes jurídicos, no puede existir conflicto propiamente tal entre las reglas de uno y otro. Hablar de conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno sería tan inexacto como hablar de conflicto entre las leyes de los diferentes Estados. Cada uno

de estos sistemas jurídicos –el interno y el internacional– es válido dentro de su propia esfera; en particular, una norma de derecho interno es válida en el plano interno aunque sea contraria al derecho internacional.

La teoría monista. Su más ilustre representante es Hans Kelsen. Según Kelsen, todo el Derecho constituye una unidad normativa, un sistema único en que las normas están subordinadas jerárquicamente unas a otras; dentro de esta jerarquía el derecho interno está subordinado al derecho internacional, del cual es sólo una derivación.

Una norma de derecho internacional –afirma Kelsen– puede ser automáticamente aplicable en el plano interno si se basta a sí misma. Es cierto que en algunos casos el derecho del Estado puede exigir que esta aplicación sea precedida de un acto interno de implementación, como la publicación de un tratado; pero un acto de implementación no es un acto de transformación: la transformación de una norma internacional en norma interna sólo es necesaria cuando el derecho nacional prescribe que los órganos judiciales y administrativos del Estado sólo pueden aplicar normas internas y no reglas internacionales.

Los monistas reconocen generalmente que una norma interna contraria al derecho internacional es válida en el orden jurídico interno, pero estiman que ello no se debe a que ambos órdenes jurídicos sean diferentes y separados, sino a que el derecho internacional general no establece un procedimiento para hacer efectiva la nulidad de la norma interna. La situación en este caso sería semejante a la de una ley inconstitucional en un país cuyo sistema legal no establece medios para hacer efectiva la nulidad de la norma inconstitucional: tanto la norma superior (Constitución) como la inferior (ley inconstitucional) pertenecen al mismo sistema jurídico (derecho nacional), pero este sistema no dispone de medios para hacer efectiva la nulidad de la norma inferior.

Tanto el dualismo como el monismo constituyen notables construcciones doctrinales que sus exponentes presentaron con brillo, claridad y riqueza de argumentos teóricos. El debate sobre estas doctrinas dominó gran parte de la literatura jurídica de fines del siglo XIX y comienzos del actual; ella contribuyó a sistematizar ideas y a

estudiar con mayor rigor de método los problemas concretos suscitados por la relación entre derecho internacional y derecho interno; pero hoy este debate se encuentra casi agotado.

Ninguno de los dos sistemas expuestos –monismo y dualismo– está enteramente reflejado en la práctica; ésta ha solucionado los problemas concretos siguiendo criterios pragmáticos y sin sujeción estricta a una o a otra doctrina. Por otra parte, las divergencias doctrinales son más bien teóricas, y son muchos los autores que partiendo de diversas posiciones teóricas llegan en el hecho a las mismas conclusiones prácticas. Es por ello que, siguiendo la tendencia contemporánea, soslayaremos las discusiones abstractas y estudiaremos las soluciones prácticas que se han dado a los problemas más importantes derivados de las relaciones entre ambos órdenes jurídicos.

Una distinción fundamental se impone desde el comienzo: la distinción entre la aplicación del derecho internacional en el plano interno (dentro de un Estado) y la aplicación del derecho internacional en el ámbito internacional. La omisión de esta distinción ha sido fuente permanente de confusiones en la doctrina y en la jurisprudencia.

A. LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL PLANO INTERNO

En el plano interno, la aplicación del derecho internacional presenta un doble aspecto:

- ① – el de la recepción o introducción de la norma de derecho internacional en el orden jurídico interno, y
- ② – el del conflicto que puede producirse entre la norma de derecho internacional así incorporada y las normas internas.

I. LA RECEPCIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL EN EL ORDEN INTERNO

Algunas normas de derecho internacional deben aplicarse dentro del Estado. Por ejemplo, las normas consuetudinarias que reconocen privilegios e inmunidades a los agentes diplomáticos extranjeros

deben ser aplicadas por los tribunales y las autoridades administrativas de un Estado a los diplomáticos que ante él se encuentran acreditados; un tratado en que el Estado sea parte y que otorgue derechos comerciales o aduaneros a ciudadanos de otro Estado parte debe también ser aplicado por los tribunales y las autoridades administrativas de ese Estado.

Ahora bien, para facilitar la aplicación de las normas jurídicas internacionales en el plano interno puede ser conveniente que ellas sean introducidas, en alguna forma, en el ordenamiento jurídico interno; más aún, en algunos casos es el propio derecho nacional el que exige esta introducción. ¿Cómo se puede efectuar esta introducción, recepción o incorporación?

El derecho internacional no impone a los Estados una modalidad determinada para introducir sus normas en el plano interno; sólo les impone la obligación de asegurar el cumplimiento de las reglas de derecho internacional. Corresponde, pues, a cada Estado establecer las modalidades de recepción en su Constitución, en su legislación o en su práctica judicial y administrativa.

Para estudiar las modalidades de recepción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno hay que distinguir entre la recepción o introducción de las normas de derecho internacional consuetudinario y la de los tratados internacionales.

La recepción del derecho consuetudinario

a) Un Estado puede incorporar determinadas normas de derecho internacional consuetudinario en su orden jurídico interno dictando disposiciones legales que reproduzcan el contenido de dichas normas. Así, por ejemplo, un Estado puede promulgar una ley que confiera a los agentes diplomáticos acreditados en el país determinados privilegios e inmunidades que les reconoce el derecho internacional consuetudinario; la ley enumerará detalladamente uno a uno estos privilegios e inmunidades y señalará las condiciones de su aplicación. Cuando los tribunales apliquen esta ley estarán aplicando su propio derecho, el derecho nacional.

b) También la recepción puede efectuarse por medio de una disposición legal o de una ley que se remita a determinadas normas de

derecho internacional consuetudinario, las cuales hace aplicables en el orden interno. Por ejemplo, la ley interna se limita a disponer que los agentes diplomáticos extranjeros gozarán en el país de los privilegios e inmunidades que les reconoce el derecho internacional. En este caso, la ley interna hace un reenvío al derecho internacional; es a éste al que deben remitirse los tribunales internos para determinar las normas de derecho aplicables a los agentes diplomáticos.

c) Algunos Estados han hecho una recepción global del derecho internacional consuetudinario en su orden jurídico interno, de manera que pueda ser aplicado por los tribunales y por las autoridades administrativas nacionales cuando se les presenta ocasión para ello, sin necesidad de un acto específico de recepción o de incorporación. La recepción global ha sido efectuada a veces por medio de una disposición constitucional expresa. La Constitución alemana de Weimar, de 1919, que inauguró esta práctica, dispuso que las reglas generales del derecho internacional forman parte del derecho interno; otras Constituciones han incluido disposiciones similares. La Constitución de la República Federal de Alemania expresa en su artículo 25:

"Las reglas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal. Ellas priman sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal."

La disposición transcrita no sólo incorpora el derecho internacional general en el derecho federal alemán, sino que además le confiere primacía sobre este último.

La Constitución italiana de 1947 dispone en su artículo 10 que "el orden jurídico italiano se conforma a las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional". Esta disposición incorpora globalmente el derecho internacional consuetudinario al derecho italiano.¹

Disposiciones análogas contienen constituciones de otros países, como Grecia, Países Bajos y Federación Rusa.

¹ Véase el interesante trabajo de Antonio La Pergola y Patrick Del Duca, "Community Law, International Law and the Italian Constitution", en *American Journal of International Law*, Vol. 73, Nº 3, julio de 1985.

En Inglaterra no existe disposición legal escrita que establezca la recepción global del derecho internacional consuetudinario en el derecho inglés. Sin embargo, el *common law* considera que "todas las reglas de derecho internacional consuetudinario que son universalmente reconocidas o que, en todo caso, han recibido el asentimiento del país son *per se* parte del derecho interno." ¹ El primer precedente que se conoce en este sentido es el pronunciamiento del Lord Chancellor Talbot en el caso *Barbuit* (1735), en el cual afirmó que "el derecho de gentes en toda su extensión es y forma parte del derecho de Inglaterra". Decisiones inglesas posteriores han aplicado el mismo principio. Es por ello que desde los tiempos de Blackstone los juristas ingleses dicen que en su país *international law is a part of the law of the land*, fórmula con la cual enuncian la llamada "doctrina de la incorporación".

Es probable que el origen de esta doctrina, según la cual el derecho de gentes forma parte del *common law* inglés, se encuentre en dos antiguas ideas: una según la cual el derecho de gentes era el derecho natural aplicado a las relaciones entre Soberanos, y otra que consideraba al *common law* como un conjunto de principios fundados en la razón. Era entonces natural que los jueces ingleses pensarán que derecho de gentes y *common law* no eran sistemas separados sino que constituían la aplicación a materias diferentes de un gran sistema de derecho. En todo caso, la doctrina de la incorporación sobrevivió a la declinación de las doctrinas del derecho natural en el siglo XIX y fue aplicada por decisiones judiciales posteriores. ² También ella pasó a formar parte de los sistemas jurídicos de otros países basados en el *common law* (Estados Unidos, India, Israel, etc.).

La doctrina de la incorporación ha sido seguida por los tribunales de países cuyo sistema jurídico no está inspirado en la tradición inglesa, tales como Bélgica, Suiza, Francia y Chile, aun a falta de disposición expresa de recepción en el derecho nacional. ³

¹ L. Oppenheim's *International Law*, 9ª ed., Vol. I (1992), p. 56.

² J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6ª ed. (1963), p. 87.

³ Ver las referencias a la jurisprudencia chilena en nuestro trabajo "Las Relaciones entre Derecho Internacional y Derecho Interno ante los Tribunales Chilenos", en *Nuevos Enfoques del Derecho Internacional* (Santiago, 1992).

En Chile el Gobierno, los tribunales y los autores han reconocido que el derecho internacional general forma parte del derecho chileno. Ya don Andrés Bello escribía en sus *Principios de Derecho Internacional* (1864): "que en una nación y en una época dadas el Derecho de Jentes sea parte de la jurisprudencia patria, no admite duda". En 1833 el Ministro de Relaciones Exteriores expresaba en comunicación dirigida al Encargado de Negocios de Francia: "el derecho común de las naciones es una ley de la República en todo aquello en que sus leyes particulares o sus convenciones con las potencias extranjeras no lo hayan derogado"; y el 21 de noviembre de 1833 el Presidente de la República y su Ministro de Relaciones Exteriores expresaron al Congreso Nacional que "el derecho común de gentes es en realidad una parte integrante de la legislación del Estado." En ambas comunicaciones se advierte la pluma de don Andrés Bello. Nuestros tribunales, aun a falta de mandato legislativo expreso, han aplicado las normas de derecho internacional consuetudinario y han enunciado expresamente la doctrina de la incorporación, aunque sujeta a algunas limitaciones.

Siendo el derecho internacional común una parte del derecho nacional, no es necesario que los litigantes lo prueben en juicio, como deben hacerlo con el derecho extranjero.

La recepción de los tratados

Los tratados destinados a ser aplicados en el plano interno requieren de un acto formal de recepción o incorporación. El tratado no es "conocido" por los jueces nacionales a menos que haya sido puesto en su conocimiento en la forma prescrita por el derecho interno.

El derecho internacional no impone a los Estados una forma o modalidad específica de recepción del tratado; sólo les exige el cumplimiento cabal del tratado, dejando que cada Estado adopte las medidas internas que le parezcan necesarias o útiles para cumplirlo.

Dos son las modalidades más comunes para efectuar la incorporación o recepción del tratado en el orden interno:

a) Un Estado puede dictar una ley que contenga disposiciones para el cumplimiento de las obligaciones contraídas o para el ejercicio de los derechos adquiridos por el tratado. Las normas de la ley corresponden

a las del tratado del cual son tomadas. Esta ley, aunque dictada en ejecución del tratado, tiene existencia independiente del mismo.

b) Aquellos tratados que, antes de ser ratificados, deben ser aprobados por el Parlamento u otro órgano interno competente, se incorporan habitualmente en el orden jurídico interno mediante una formalidad determinada: la publicación oficial del tratado (Francia), su promulgación y publicación (Chile), su proclamación (Estados Unidos), etc. Cumplida esta formalidad, el tratado pasa a tener en el plano interno valor y fuerza de ley y debe ser aplicado igual que una ley.¹

Esta última modalidad sólo es útil respecto de aquellos tratados que son self-executing, es decir, que tengan la precisión normativa suficiente para ser aplicados directamente por los tribunales o autoridades administrativas. En cambio, si el tratado es non-self-executing será necesario, además, que se dicten normas legislativas para su aplicación interna. Por ejemplo, un tratado en que las partes se obligan a prevenir y a castigar ciertos delitos contra los agentes diplomáticos y otras personas internacionalmente protegidas requerirá de una ley en que se definan estos delitos, se establezcan las penas, se extienda la jurisdicción de los tribunales nacionales, etc.

II. CONFLICTO ENTRE NORMAS INTERNACIONALES Y NORMAS INTERNAS

Se trata de saber qué jerarquía ocupan las normas internacionales —consuetudinarias o convencionales— una vez introducidas en el derecho interno, en relación con las normas jurídicas internas y, en

¹ La jurisprudencia chilena considera que los tratados que han sido debidamente ratificados, aprobados, promulgados y publicados en el "Diario Oficial" tienen en Chile el mismo valor y fuerza que una ley. No tienen, en cambio, el mismo valor legal interno los tratados o acuerdos internacionales que no cumplen con estos requisitos. La Corte Suprema de Chile declaró, por resolución de 22 de octubre de 1984, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a pesar de haber sido ratificado por Chile y promulgado, carecía de fuerza obligatoria en Chile por no haberse publicado en el "Diario Oficial" el decreto promulgatorio ni el texto del Pacto. La Corte expresó que el derecho convencional no se entiende incorporado automáticamente en el derecho chileno y citó, al efecto, las conclusiones a que llegamos en un trabajo nuestro. (Ver "Fallos del Mes", N° 311, octubre 1984). Con posterioridad, el Pacto fue publicado en el "Diario Oficial" el 29 de abril de 1989.

consecuencia, cuáles deben prevalecer en caso de conflicto entre unas y otras.

El juez nacional debe tratar de evitar un conflicto entre la norma internacional y la norma interna, dando a la norma interna una interpretación que la concilie con la norma internacional, ya que no es de presumir que el Legislador haya querido infringir el derecho internacional.

Pero si el conflicto es inevitable, ¿cuál prima en el plano interno: la ley interna o la norma internacional?

Este problema sólo puede encontrar respuesta en el derecho o en la práctica del Estado respectivo. Al efecto, hay que distinguir dos situaciones:

- conflicto entre derecho internacional consuetudinario y ley interna, y
- conflicto entre tratado y ley interna.

Conflicto entre derecho internacional consuetudinario y ley interna

La recepción global del derecho internacional consuetudinario en el derecho nacional ha sido hecha por varios Estados con una importante limitación: en caso de conflicto inevitable entre la norma de derecho internacional consuetudinario y una ley interna, la ley interna prevalece, en el plano interno, sobre la norma de derecho internacional. En este caso el juez debe aplicar la ley interna aun si la juzga contraria al derecho internacional general o consuetudinario. Es el caso de Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Rusia, Chile y otros países.

En cambio, algunas Constituciones Políticas modernas consagran la supremacía del derecho internacional consuetudinario sobre la legislación nacional. Así, por ejemplo, la Constitución de la República Federal de Alemania, junto con disponer que "las reglas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal", agrega que estas reglas priman sobre las leyes internas. La Constitución permite al juez alemán, bajo control del Tribunal Constitucional Federal, rechazar la aplicación de las leyes alemanas contrarias al derecho internacional general.

La Constitución italiana de 1947 también confiere primacía al derecho internacional consuetudinario sobre la legislación interna. Una ley que sea contraria a las "reglas generalmente reconocidas del derecho internacional" puede ser declarada inconstitucional por la Corte Constitucional italiana.

Conflicto entre tratado y ley interna

Hay que distinguir si el tratado es posterior a la ley o anterior a ella.

- El tratado es posterior a la ley

Se admite en todos los países que el tratado tiene un valor interno igual o superior a una ley. Por ello, las disposiciones de un tratado prevalecen sobre las de una ley anterior.

- La ley es posterior al tratado

En presencia de un posible conflicto entre un tratado y una ley posterior el juez interno debe esforzarse por dar a la ley una interpretación que la concilie con el tratado, ya que hay que presumir que el Legislador no se propuso violar las obligaciones convencionales del Estado. Pero si los términos de la ley son categóricos e inequívocos, ¿cuál de los dos debe prevalecer en el plano interno: la ley o el tratado?

La respuesta hay que encontrarla en el sistema constitucional del país respectivo.

Según algunos sistemas constitucionales, los tratados tienen en el plano interno la misma fuerza y autoridad que las leyes, de modo que una ley puede prevalecer sobre un tratado anterior. Es el principio adoptado por la jurisprudencia de Gran Bretaña, Estados Unidos e Italia.

Según otros sistemas constitucionales, el tratado tiene una autoridad superior a la de las leyes, debiendo, en consecuencia, prevalecer sobre éstas. Así, por ejemplo, la Constitución francesa de 1958 dispone que "los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra

parte" (artículo 55). La Constitución de la Federación Rusa y la actual Constitución argentina atribuyen a los tratados internacionales jerarquía superior a las leyes internas, sean anteriores o posteriores a los tratados.

Los tribunales chilenos no han elaborado una jurisprudencia constante respecto del conflicto entre tratado internacional y ley interna posterior. Sin embargo, sentencias recientes han afirmado la primacía de un tratado internacional en que Chile es parte y que ha sido debidamente promulgado y publicado, sobre una ley nacional posterior a dicho tratado.

Diversa es la situación cuando un juez nacional está en presencia de un conflicto entre un tratado y disposiciones de la Constitución Política del Estado. La tendencia dominante es la supremacía, en el orden interno, de la Constitución sobre cualquier tratado, sea anterior o posterior a ella.

Tratados de jerarquía constitucional. Algunas Constituciones Políticas contemporáneas atribuyen a ciertas categorías de tratados jerarquía constitucional. Así, según el artículo 5º, inciso 2, de la Constitución Política de Chile, después de la modificación de 1989:

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes."

En virtud de esta disposición los tratados sobre derechos humanos prevalecerían sobre las leyes ordinarias que fueran contrarias a las disposiciones de tales tratados y deberían ser aplicados por los órganos del Estado.

Según las modificaciones introducidas en 1994 a la Constitución de la República Argentina, las Declaraciones y Convenciones sobre derechos humanos que *enumera* tienen jerarquía constitucional. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes

de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional (artículo 75, párrafo 52).

En todo caso, es fundamental tener presente que si un tribunal interno aplica una ley contraria a las obligaciones que el derecho internacional impone a su Estado habrá cumplido su deber como tribunal nacional, pero habrá también cometido un acto internacionalmente ilícito que es fuente de responsabilidad para el Estado. Volveremos sobre este punto más adelante.

B. LA APLICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL AMBITO INTERNACIONAL

Se admite sin discusión la primacía o superioridad del derecho internacional sobre el derecho interno en el plano internacional, es decir, en las relaciones entre Estados. En consecuencia, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno, ni la deficiencia o carencia de ellas, para justificar el incumplimiento de las obligaciones que le impone el derecho internacional. No podrá alegar que el Poder Legislativo se negó a dictar una ley necesaria para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, o que impuso al Poder Ejecutivo una ley que éste consideraba contraria al derecho internacional. Ni siquiera podrá escudarse en su Constitución Política o en la independencia y separación de los Poderes del Estado.

Estos principios han sido reiterados por una jurisprudencia constante. "Es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes—expresó la Corte Permanente en 1930— que en las relaciones entre Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de la ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado."¹

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sólo codificó un principio universalmente aceptado al establecer en su artículo 27 que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su

¹ Opinión consultiva en el caso relativo a las *Comunidades greco-búlgaras*. *Series* N° 17, p. 32. El mismo principio fue confirmado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la *Aplicabilidad de la Obligación de Arbitraje*, *Reports* 1988, p. 34, en la que se refiere al "principio fundamental de derecho internacional de la preeminencia de este derecho sobre el derecho interno."

derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Si no se reconociera la supremacía, en el plano internacional, del derecho internacional sobre la ley interna, el derecho internacional no tendría en la práctica carácter obligatorio porque cualquier Estado podría desligarse de sus obligaciones convencionales, cuando ello le conviniera, por medio de leyes que fueran contrarias a ellas.

Es por ello que la dictación y aplicación de una norma interna contraria al derecho internacional es sólo una parte de la historia; esa aplicación cierra un capítulo en el plano interno, pero abre otro en el plano internacional. En efecto, la sentencia interna que aplica dicha norma es, desde el punto de vista del derecho internacional, un simple hecho ilícito de efectos provisionales que compromete la responsabilidad del Estado que la dictó.

Sin embargo, el derecho internacional no ha establecido la derogación automática de las normas internas que le sean contrarias. En particular, una sentencia internacional no puede abrogar de plano una ley interna ni anular una decisión judicial interna. Como bien afirma el profesor Rousseau:

"En principio, el contencioso internacional no es un contencioso de anulación sino sólo un contencioso de reparación. Si una norma interna es contraria a una norma internacional cualquiera, el Estado responsable podrá ser instado a pagar una indemnización o a dar otra satisfacción adecuada; pero la norma (o la decisión) interna que es internacionalmente irregular continuará en vigor hasta su derogación (o su modificación) por parte del Estado interesado."¹

Nota sobre la relación entre "derecho comunitario" europeo y derecho interno

Las Comunidades Europeas (Comunidad Económica Europea, Comunidad Europea del Carbón y del Acero y Comunidad Europea de Energía Atómica) son instituciones supranacionales.

¹ *Droit international public*, t. I (1970), p. 45.

Sus *actos decisorios* tienen las siguientes características:

- son directamente aplicables dentro de cada Estado miembro a todas las autoridades, empresas e individuos desde su publicación en el *Diario Oficial* de las Comunidades, sin necesidad de un acto nacional de recepción o incorporación, y
- tienen una autoridad superior a la de las normas internas (constitucionales, legislativas y administrativas) de los Estados miembros y prevalecen sobre ellas en el plano internacional y en el plano interno.

La aplicabilidad directa de las decisiones comunitarias requiere que ellas sean *self-executing*, es decir, que se basten a sí mismas y no sea necesario dictar medidas nacionales o comunitarias de aplicación.

LAS FUNCIONES NORMATIVA, JUDICIAL Y EJECUTIVA EN EL PLANO INTERNACIONAL

LA FUNCIÓN NORMATIVA

En todo Estado moderno encontramos un Poder Legislativo centralizado —normalmente un Congreso o Parlamento— que dicta normas generales de conducta destinadas a organizar la vida de la comunidad y a dar expresión a las tendencias y anhelos de reforma social.

La legislación permite así conciliar dos tendencias sociales contradictorias y necesarias: la *estabilidad*, sin la cual el Derecho no podría cumplir su función de orden y de regularidad, y la *movilidad*, que permite que el Derecho se transforme y se adapte a las continuas renovaciones de la sociedad que rige.¹

En el ámbito internacional, en cambio, no existe un poder o autoridad supraestatal que legisle para los Estados imponiéndoles reglas generales de conducta. La función normativa se realiza en el plano internacional principalmente por tratados o convenciones multilaterales que regulan asuntos de interés general, tales como el derecho del mar, la navegación aérea internacional, la represión del tráfico de estupefacientes, el trato a los prisioneros de guerra, los derechos de la persona humana, la protección de la propiedad literaria y artística, etc. Estos tratados se adoptan mucha veces en conferencias diplomáticas especialmente convocadas. Sin embargo, los tratados así

¹ M. Bourquin, "Règles générales du droit de la paix", en *Recueil des Cours*, t. 35 (1931-1), p. 189.

adoptados no son obligatorios para los Estados que concurrieron a la conferencia; es necesario que el Estado respectivo manifieste su consentimiento en obligarse por el tratado.

Existen fundamentales diferencias entre las reglas establecidas por la legislación interna y las creadas por tratados internacionales. La legislación interna es impuesta autoritariamente por un órgano centralizado y tiene validez general dentro del Estado. Los tratados, en cambio, no pueden ser impuestos por vía de autoridad y sólo obligan a los Estados que se obligaron por ellos.

La falta de una legislatura internacional hace difícil, a veces, el desarrollo y la modificación de las reglas jurídicas que requiere la comunidad de Estados. La rigidez de un orden jurídico importa su fragilidad, de manera que su inadaptación a las realidades de la vida internacional puede generar tensiones políticas que determinen la infracción de reglas vigentes.

Actualmente, sólo las Comunidades Europeas, entidades *supranacionales*, están facultadas por su tratado constitutivo para "legislar" en materias propias de su actividad.

LA FUNCIÓN JUDICIAL

Es un principio bien establecido en derecho internacional que ningún Estado está obligado a someter sus controversias con otro Estado a la decisión de un tribunal internacional sin su consentimiento. La jurisdicción o competencia de un tribunal internacional para decidir un diferendo entre Estados depende, en último término, de la voluntad de las partes en el diferendo; sólo, si ellas han conferido jurisdicción al tribunal por algún medio apropiado (acuerdo especial, tratado de arbitraje, etc.) y el caso está dentro de los límites de la jurisdicción conferida, puede el tribunal conocerlo y decidirlo.

Este principio es opuesto al que preside la administración de justicia en un Estado moderno. En efecto, los tribunales nacionales derivan su jurisdicción de la ley del país (no de la voluntad de las partes) y ejercen su actividad sin consentimiento de la parte demandada.

Dentro de un Estado siempre hay un tribunal con jurisdicción para decidir un litigio entre particulares; pueden las partes discutir *cuál* es el tribunal competente pero no el hecho de que tal tribunal exista. En el plano internacional la situación es diferente: es posible, e incluso normal, que no haya tribunal con jurisdicción para decidir un litigio determinado.

Consecuencia de que los Estados que son partes en un diferendo no estén obligados a someterlo a un tribunal internacional sin su consentimiento es que, a falta de acuerdo, el diferendo podrá quedar sin solución indefinidamente. Mientras persista el desacuerdo cada una de las partes podrá mantener su punto de vista, pero no imponerlo a la otra.

El tribunal internacional de mayor importancia es la Corte Internacional de Justicia, que tiene su sede en La Haya. La jurisdicción de la Corte es, en principio, "facultativa"; la Corte no puede conocer y decidir un caso a menos que las partes se lo sometan de común acuerdo o que ellas hayan aceptado la jurisdicción del Tribunal con anterioridad a la demanda.

Existen también otros tribunales internacionales permanentes, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte de las Comunidades Europeas; esta última tiene jurisdicción obligatoria respecto de los asuntos comunitarios europeos.

Además de éstos y de otros tribunales permanentes, los Estados han constituido, por medio de acuerdos, tribunales arbitrales para juzgar diferendos determinados.

Los Estados no se han mostrado dispuestos a establecer un tribunal mundial, dotado estatutariamente de jurisdicción obligatoria ante el cual un Estado pudiera demandar a otro y obtener una sentencia basada en el derecho internacional. Entre las razones que explican esta resistencia se pueden mencionar las siguientes: la incertidumbre e imprecisión de algunas normas de derecho internacional y aun la falta de normas en ciertos dominios, la importancia de los intereses nacionales que pueden estar en juego, y la insatisfacción de algunos gobiernos respecto de ciertas reglas internacionales y de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo.

En todo caso, debe tenerse presente que los tribunales internacionales sólo pueden resolver controversias jurídicas, no conflictos políticos. Controversias de orden jurídico son aquellas en que las partes están en desacuerdo sobre la existencia, validez, interpretación o aplicación de normas jurídicas internacionales, como, por ejemplo, un diferendo sobre interpretación de un tratado.

Controversias políticas (o de intereses) son aquellas en que las pretensiones de ambas partes, o de una de ellas, no se fundan en el derecho internacional o en un título jurídico sino en argumentos de carácter extrajurídico: intereses económicos, necesidades nacionales, la equidad, etc. En algunas de las controversias políticas, uno de los Estados—el Estado revisionista—pretende una modificación en su favor de la situación jurídica existente. Ejemplo: la pretensión de Bolivia para revisar el Tratado de 1904 y obtener una salida soberana al mar.

En las controversias de orden jurídico ambas partes se sitúan *dentro* del marco del derecho internacional; en las controversias políticas ambas partes o una de ellas se sitúan fuera del ámbito jurídico.

Los tribunales internacionales no pueden zanjar controversias políticas. Su función es decidir, con arreglo al derecho internacional, las controversias que les sean sometidas y reconocer las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. No les corresponde alterar las relaciones jurídicas que existen entre las partes ni reconocer pretensiones desprovistas de base jurídica. Es por ello que una decisión judicial sobre los derechos respectivos de los Estados litigantes cuando uno de ellos o ambos disputan sobre meros intereses, no zanja realmente el diferendo aunque la decisión pronunciada tenga pleno valor formal. La solución de los conflictos políticos hay que buscarla, pues, fuera de los tribunales, mediante procedimientos de solución que concilien los intereses opuestos (negociaciones diplomáticas, mediación, etc.).

También dentro de un Estado se producen diferendos que no tienen carácter jurídico, como aquellos en que los sindicatos de trabajadores reclaman mejores remuneraciones y condiciones laborales, o aquellos en que un grupo racial exige la derogación de leyes que establecen discriminaciones odiosas en su contra. Los tribunales nacionales no podrían remediar estas situaciones; sólo podrían aplicar la legislación existente, es decir, la misma legislación que los sindicatos o la gente de

color consideran injusta y pretenden modificar. El remedio habría que buscarlo fuera del ámbito judicial: en una nueva legislación, en convenios colectivos del trabajo, en medidas administrativas, etc.

La utilidad de la decisión judicial tiene, pues, sus límites, tanto en el plano interno como en el ámbito internacional.

LA FUNCIÓN EJECUTIVA

En un Estado moderno existe un Poder ejecutivo que tiene el monopolio de la fuerza y al cual corresponde hacer cumplir la ley y ejecutar las decisiones de los tribunales. Solamente en casos excepcionales permite la ley a los particulares emplear la fuerza (en legítima defensa, por ejemplo), pero somete la legalidad de su empleo al control de la judicatura.

En el ámbito internacional no hay un órgano ejecutivo centralizado que tenga el monopolio de la fuerza armada. A falta de tal órgano son los propios Estados los que, dentro de los límites prescritos por el derecho internacional, deben adoptar, individual o colectivamente, las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos.

Estas medidas son variadas: ruptura de relaciones diplomáticas con el Estado infractor, no reconocimiento de una adquisición ilegal de territorio, suspensión del cumplimiento de un tratado respecto del contratante que ha infringido sus disposiciones, "congelación" de bienes pertenecientes al Estado infractor, etc. Pero el derecho internacional moderno prohíbe a los Estados recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza armada para ejecutar sus derechos. El uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales sólo está permitido en caso de legítima defensa o de acción emprendida por las Naciones Unidas, o con su autorización, en contra de un Estado que amenace o quebrante la paz. De esta manera, un Estado cuyos derechos han sido lesionados está privado de la tutela de un órgano ejecutivo mundial y, por otra parte, está impedido de emplear la fuerza por sí mismo para imponer el respecto de sus derechos.

La Carta de las Naciones Unidas, en su Capítulo VII, pretendió establecer un sistema de seguridad colectiva y autorizó al Consejo de

Seguridad para decidir medidas, aun de carácter militar, en contra de los Estados que quebrantaren la paz. Sin embargo, el sistema previsto en la Carta no fue implementado/ sus escasas aplicaciones han estado condicionadas por factores políticos y su aplicación a un caso concreto puede ser paralizada por el "veto" de un miembro permanente del Consejo de Seguridad. Recuérdese que este Consejo es un órgano político y no judicial. Por lo demás, el Capítulo VII no está específicamente dirigido en contra de Estados que violen el derecho internacional *como tal*, y es posible que una infracción del derecho internacional no constituya un quebrantamiento de la paz, lo que deja al Estado infractor al margen del Capítulo VII de la Carta.

Las condiciones para la aplicación de sanciones en el plano internacional son substancialmente diferentes de las que existen en el plano interno. En efecto, dentro de un Estado la aplicación de la fuerza pone en juego dos términos de poder muy desigual: el poder preponderante de la Comunidad, con todo su aparato represivo, y el poder relativamente reducido del individuo o del grupo en contra del cual se dirigen las medidas.

En cambio, en el actual sistema de relaciones internacionales el poder se encuentra disperso, en proporción desigual, entre los Estados, y prevalece una compleja red de relaciones y de equilibrios políticos frágiles. En estas condiciones, la acción coercitiva en contra de un Estado podría conducir a un enfrentamiento entre los Estados que adoptan las medidas, por una parte, y el supuesto Estado infractor y sus aliados, por la otra ... ¡con un gran número de países espectadores!

Sin embargo, la comparación anterior es relativa. En efecto, aun dentro de un Estado las autoridades pueden tener grandes dificultades para hacer cumplir las leyes frente a facciones o grupos poderosos que están decididos a frustrar su aplicación, como lo demuestran los problemas surgidos al hacer cumplir las leyes sobre integración racial en algunos estados sureños de los Estados Unidos. La revolución y la guerra civil ilustran en forma elocuente la impotencia o debilidad de las autoridades internas frente a grupos o sectores que tienen el poder y la decisión para desafiarlas.

La tarea de sujetar los Estados soberanos al imperio de la ley es de la misma índole, aunque por cierto más difícil, que aquella que el

derecho interno tiene que cumplir para establecer su control sobre el comportamiento de grupos poderosos cohesionados que defienden vigorosamente sus intereses.¹

A pesar de carecer de un órgano ejecutivo centralizado y de un sistema organizado de sanciones, el derecho internacional, en su conjunto, exhibe un alto grado de efectividad: sus normas se cumplen y se respetan regularmente, las infracciones ocasionales inciden generalmente en tratados de alto contenido político o en normas de contornos imprecisos, como las relativas a la no intervención o al uso de la fuerza.

Esta efectividad se explica porque en toda comunidad, cualquiera que sea su grado de integración, las normas jurídicas no sólo se cumplen por el efecto disuasivo de las eventuales sanciones, sino también por conveniencia, hábito, reciprocidad, asentimiento y, principalmente, por el sentido de respeto hacia la obligación jurídica, sin el cual ningún orden legal, aun si está apoyado en la fuerza, puede subsistir.

El análisis precedente pone de relieve que la sociedad internacional y su sistema jurídico presentan un menor grado de cohesión y de solidaridad que las comunidades y derechos nacionales.

Es paradójico que, mientras en el aspecto material la comunidad internacional dista de ser una comunidad primitiva y por ello necesita un sistema legal vigoroso y bien elaborado para regular los antagonismos a que da lugar la interdependencia de los Estados, su cohesión orgánica es débil, lo que se refleja inevitablemente en su sistema jurídico débil y primitivo.²

¹ J. L. Brierly, *The Outlook for International Law*, (1944), ps. 48-49.

² J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6ª ed. (1963), p. 73.

LOS ESTADOS INDEPENDIENTES O SOBERANOS Y OTROS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

3

LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Sujetos del derecho internacional o personas internacionales son aquellas entidades que son destinatarias o titulares de derechos y deberes derivados del derecho internacional y que tienen capacidad para ejercer estos derechos en el plano internacional.

El concepto de sujeto de derecho internacional es más amplio que el de Estado. Todos los Estados son sujetos de derecho internacional, pero no todos los sujetos internacionales son Estados. Hay entidades, como la Santa Sede y las Naciones Unidas, que tienen una personalidad jurídica internacional restringida. Ellas tienen sólo algunos de los derechos y deberes que corresponden a un Estado. La calidad de sujeto de derecho internacional expresa, pues, una relación entre una entidad y el orden jurídico internacional. No existen sujetos por naturaleza. Una entidad es sujeto internacional en cuanto es destinataria directa, y sólo en la medida en que se es destinataria directa, de derechos y deberes derivados del derecho internacional y tiene capacidad para ejercer estos derechos en el plano internacional.¹

No todos los sujetos de derecho internacional son iguales. Como lo expresara la Corte Internacional de Justicia:

"Los sujetos de derecho en un sistema jurídico no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de

¹ Véase el provechoso estudio de este problema en Julio A. Barberis, *Los sujetos del derecho internacional actual* (1984), ps. 26 y ss.

sus derechos; y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad. El desarrollo del derecho internacional, en el curso de su historia, ha estado influido por las exigencias de la vida internacional, y el aumento progresivo de las actividades colectivas de los Estados ha hecho ya surgir ejemplos de acción ejercida en el plano internacional por ciertas entidades que no son Estados." ¹

Por ello, decir que una entidad determinada es persona o sujeto internacional no es decir mucho. Esta denominación nada nos dice sobre la extensión y contenido de los derechos y deberes que esta entidad tiene a la luz del derecho internacional positivo.

En la primera parte de este capítulo estudiaremos los Estados soberanos e independientes, que son los sujetos más importantes del derecho internacional. En la segunda parte, nos referiremos a otras entidades que gozan de cierta medida de personalidad internacional: los Estados dependientes, la Santa Sede y las organizaciones internacionales. La cuestión de la personalidad internacional de los individuos será examinada en el capítulo XIV.

A. LOS ESTADOS INDEPENDIENTES O SOBERANOS

NOCIÓN DE ESTADO INDEPENDIENTE O SOBERANO

Don Andrés Bello, en su *Derecho Internacional*, definió al Estado independiente en los siguientes términos:

"Toda nación... que se gobierna a sí misma, bajo cualquiera forma que sea, y tiene facultad de comunicar directamente con las otras, es a los ojos de éstas un Estado independiente y soberano." ²

¹ Opinión consultiva en el caso sobre *Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*. Reports 1949, p. 178.

² P. 31.

Los Estados independientes o soberanos son los destinatarios principales, normales y originarios de las reglas de derecho internacional.

Los elementos constitutivos del Estado soberano son los siguientes:

a) El territorio. El Estado moderno es una comunidad de base territorial. El territorio no sólo comprende la tierra firme sino también las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo supra-yacente.

b) La población. Es la colectividad humana establecida en el territorio de manera permanente. Don Andrés Bello la denomina "nación".

c) El gobierno. Los Estados son un orden coercitivo centralizado. Deben tener un gobierno que monopolice el uso de la fuerza, que ejerza control sobre el territorio y las personas que en él se encuentran y que sea capaz de cumplir las funciones internas y externas de un Estado.

d) La independencia o soberanía. El Estado soberano o independiente se gobierna a sí mismo y conduce sus relaciones con los demás Estados, *sin depender de otro Estado o autoridad externa*.

Las provincias o los "estados" de un Estado federal no son Estados en el sentido del derecho internacional. No tienen personalidad internacional propia. El estado norteamericano de Florida, por ejemplo, no puede acreditar embajadores, celebrar tratados, conducir una política internacional propia, o ser representado en las Naciones Unidas. Estas funciones son atribuciones exclusivas del Gobierno federal.

Un Estado existe como tal desde que reúne *efectivamente* los elementos constitutivos que hemos señalado. La formación de un Estado es, pues, una cuestión de hecho.

La comunidad internacional está formada por unos 190 Estados soberanos. La Organización de las Naciones Unidas tiene 185 Estados miembros.

El término "soberanía", señaló Maurice Bourquin,

"tiene el grave inconveniente de ser uno de los términos más equivocos del lenguaje jurídico. Se ha puesto al servicio de tantas ideas diferentes que ha perdido toda virtud, salvo quizás la de crear malentendidos."¹

Se recordará que al formarse los Estados modernos los monarcas trataron de imponer su supremacía o *summa potestas* sobre los señores feudales de su reino y de liberarse de la tutela del Papa y del Sacro Imperio. El término "soberanía" se empleó, entonces, para significar la supremacía del poder real sobre todos los demás y la independencia de dicho poder de las pretensiones de dominio imperial y papal.

Al consolidarse los Estados, el concepto de soberanía adquirió el significado de omnipotencia. Pasó a concebirse como un poder supremo y absoluto, de origen casi místico, inherente a un Estado y que lo habilitaría para actuar a su arbitrio en las relaciones con los demás Estados, sin sujeción a reglas de derecho.

Este concepto de soberanía es absolutamente incompatible con la idea misma de derecho internacional, ya que la función primordial de éste es hacer posible la coexistencia de los diversos Estados estableciendo límites para la acción de cada uno de ellos.

Soberanía es sinónimo de independencia. Estos términos designan la situación de un Estado que no está sometido a los dictados de otro Estado o autoridad externa sino solamente a las prescripciones del derecho internacional.

Las limitaciones a la libertad de acción del Estado que le son impuestas por los tratados en que es parte o por el derecho internacional general no son incompatibles con su soberanía. Como dijera el Juez Anzilotti en un enunciado clásico:

"... las limitaciones de la libertad de un Estado que derivan sea del derecho internacional común, sea de los compromisos

¹ "Règles générales du droit de la paix", en *Recueil des Cours*, t. 35 (1931-I), p. 117.

contraídos, no afectan, en cuanto tales, de manera alguna, su independencia. Mientras estas limitaciones no produzcan el efecto de colocar al Estado bajo la autoridad legal de otro Estado, el primero continúa siendo independiente, por onerosas y amplias que sean sus obligaciones."¹

En el caso *Wimbledon* la Corte Permanente de Justicia Internacional expresó:

"La Corte rehusa ver en la celebración de un tratado cualquiera por el cual un Estado se obliga a hacer o no hacer algo, un abandono de su soberanía. Sin duda, toda convención que crea una obligación de este género aporta una restricción al ejercicio de los derechos soberanos del Estado, en el sentido de que ella imprime a este ejercicio una dirección determinada. Pero la facultad de contraer obligaciones internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado."²

Mientras más se desarrolla el derecho internacional, más se reduce el ámbito de la soberanía y, por lo tanto, el poder discrecional de los Estados.

[ESTADOS FEDERALES]

En los Estados federales la Constitución establece una distribución de competencias respecto de los asuntos internos entre las autoridades federales (nacionales) y las autoridades de los Estados miembros ("Estados", cantones, *länder*, etc.). Pero es el Gobierno federal el que tiene a su cargo exclusivo la conducción y el control de las relaciones exteriores del Estado federal. En el plano internacional sólo existe un Estado que celebra tratados, envía y recibe agentes diplomáticos, está

¹ Opinión individual en el caso del *Régimen Aduanero entre Austria y Alemania* (1931). *Series A/B* N° 41, p. 58.

² *Series A*, N° 1, p. 25.

representado en las organizaciones internacionales, incurre en responsabilidad internacional, etc. Los diversos "Estados" miembros están desprovistos de personalidad o capacidad internacional.

En algunos Estados federales la Constitución atribuye a los Estados miembros competencias internacionales limitadas. Por ejemplo, la Constitución suiza reconoce a los cantones el derecho de celebrar con los Estados extranjeros tratados sobre materias relativas a la economía pública y a las relaciones de vecindad y de policía. La Constitución argentina faculta a las provincias "para celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política internacional de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o al crédito público de la Nación, con conocimiento del Congreso Nacional."

LA CONFEDERACIÓN DE ESTADOS

La Confederación es una unión de Estados soberanos fundada en un tratado internacional según el cual ciertos asuntos de interés común, como la defensa, están regulados por un órgano central. En el plano internacional, todos los Estados confederados conservan su personalidad e independencia, pero la Confederación como tal puede actuar en los asuntos de su competencia.

Confederación de Estados fueron los Estados Unidos de 1778 a 1787 y la Confederación Helvética de 1815 a 1866. Actualmente la Confederación Helvética, a pesar de su nombre, es un Estado federal.

ESTADO NEUTRALIZADO

Estado neutralizado es aquel cuya independencia e integridad territorial están garantizadas permanentemente por un tratado, a condición de que tal Estado se obligue a no participar en guerras entre otros Estados, salvo en legítima defensa, y a no contraer obligaciones que puedan arrastrarlo a una guerra.

Suiza fue neutralizada permanentemente por el Acta de Viena de 1815. Ella no es miembro de las Naciones Unidas.

Distinta es la situación de un Estado que en su orden jurídico interno proclama su voluntad de ser permanentemente neutral. En su Ley Fundamental de 1955 la República de Austria proclamó su neutralidad perpetua y se comprometió a mantenerla, a no formar parte de alianzas militares y a no permitir el establecimiento en su territorio de bases militares extranjeras.

FORMACIÓN DE ESTADOS NUEVOS

Los medios más comunes de formación de nuevos Estados son la unificación, la disolución o desmembramiento, la separación y la descolonización.

- 1) Unificación. Un Estado nuevo puede surgir de la unificación o fusión de dos o más Estados existentes. Así surgieron el Imperio Alemán e Italia.
- 2) Disolución. Dos o más Estados pueden formarse a consecuencia de la disolución o desmembramiento de un Estado antiguo. Así, por ejemplo, la disolución de la Unión Soviética y la de la República Federativa de Yugoslavia dieron lugar a la formación de varios Estados.
- 3) Separación. Ella ocurre cuando una parte de un Estado existente se constituye en Estado independiente. Como ejemplo puede mencionarse Bangladesh, que se formó por separación de Pakistán.
- 4) Descolonización. Es una forma de separación que tiene lugar cuando una colonia u otro territorio dependiente se constituye en Estado soberano. Numerosos países de América, África, Asia y el Medio Oriente surgieron del proceso de la descolonización.
- 5) La mera declaración de independencia no es suficiente para constituir un Estado. Es necesario que haya cesado la lucha armada contra la antigua metrópoli, que la nueva entidad se consolide y que reúna, en el hecho, todos los elementos de un Estado soberano e independiente.

Concepto y naturaleza

Cuando se establece una entidad que reúne los caracteres de Estado independiente, lo normal es que sea reconocida como tal por los Estados existentes.

El reconocimiento de Estado es el acto por el cual uno o varios Estados "declarar o admiten tácitamente que consideran como Estado, con todos los derechos y deberes que esta calidad conlleva, a un grupo político que existe en el hecho y que se considera a sí mismo como Estado".¹

El reconocimiento de un Estado nuevo es un acto unilateral del Estado que lo otorga. Sin embargo, es posible que dos o más Estados se concierten para brindar (o abstenerse de brindar) su reconocimiento a un Estado nuevo.

La pregunta principal que se formula normalmente un Estado antiguo respecto de una colectividad que pretende ser reconocida como Estado es ésta: ¿tiene la nueva entidad un territorio definido, una población estable, un gobierno capaz de ejercer por sí mismo control efectivo sobre dicho territorio y población, y es independiente en sus relaciones exteriores? En caso afirmativo, y a menos que otras circunstancias le aconsejen lo contrario, otorgará el reconocimiento.

La efectividad es, pues, en principio, el criterio esencial del reconocimiento.

Doctrinas sobre el reconocimiento de Estados

Dos doctrinas principales tratan de explicar el significado y alcance jurídicos del reconocimiento de Estados: la doctrina constitutiva y la doctrina declarativa.

Según la doctrina constitutiva el reconocimiento de un Estado por otro Estado hace aplicable entre ambos las normas del derecho internacional común. Antes de que intervenga el reconocimiento —enseña esta doctrina— el derecho internacional común no rige entre el Estado

nuevo y aquellos que aún no lo reconocen. Es mediante el reconocimiento —y sólo mediante él— que el derecho internacional común deviene aplicable entre el Estado que otorga el reconocimiento y el Estado que lo recibe. El reconocimiento sería así una condición necesaria para que el Estado nuevo tenga la calidad de "sujeto de derecho internacional" respecto de los Estados existentes.

La doctrina constitutiva se presta a objeciones teóricas y prácticas. Como consecuencia de ella se produciría un vacío jurídico entre el Estado nuevo y aquellos otros que aún no lo reconocen. El nuevo Estado, colocado al margen del derecho internacional, no tendría derecho a su integridad territorial y a la independencia política, a tener un mar territorial, a presentar reclamaciones internacionales; tampoco tendría el deber jurídico de abstenerse del uso de la fuerza o de respetar las fronteras de los demás países. Estas consecuencias repugnan a la convicción jurídica de los Estados.

La teoría declarativa, en cambio, enseña que el nuevo Estado, aun antes de ser reconocido, está dentro de la esfera del derecho internacional común. Su personalidad internacional no derivaría de su reconocimiento sino del hecho mismo de su establecimiento. El reconocimiento sólo sería declarativo: el Estado que lo otorga comprueba que la nueva entidad es un Estado independiente y manifiesta su intención de tratarlo como tal.

Por nuestra parte, siguiendo a la mayor parte de los autores nos inclinamos por la doctrina declarativa. El Estado existe desde que se establece efectivamente como tal. Desde entonces, está dotado de personalidad jurídica y tiene los derechos y deberes prescritos por el derecho internacional. Mediante el reconocimiento, el Estado que lo presta certifica o comprueba que la nueva entidad es realmente un Estado y que, por lo tanto, lo tratará como tal: estará dispuesto a celebrar tratados y a mantener relaciones oficiales con el nuevo Estado, a reconocerle inmunidad de jurisdicción en sus tribunales, a admitir la validez de sus leyes y actos administrativos, etc. El reconocimiento es "un acta de nacimiento o de bautismo diplomático" del nuevo Estado. Mientras el nuevo Estado no sea reconocido, los contactos con él se reducirán a un mínimo. El reconocimiento de un Estado tiene, pues, importancia política y diplomática.

¹ *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, editado por J. Basdevant, p. 511.

El reconocimiento no supone necesariamente el establecimiento de relaciones diplomáticas. Para ello es necesario un acuerdo especial entre los Estados respectivos. Aclarando estos conceptos el profesor José María Ruda puntualiza que puede haber reconocimiento sin relaciones diplomáticas, pero no puede haber relaciones diplomáticas sin reconocimiento. El establecimiento de relaciones diplomáticas —señala— es una forma de reconocimiento tácito de un nuevo Estado, pero la ruptura de relaciones diplomáticas no afecta el reconocimiento efectuado anteriormente.¹

Formas del reconocimiento de Estados

El reconocimiento de un Estado puede ser expreso o tácito.

Es expreso el que se hace en términos formales y explícitos: por medio de una declaración oficial, de una nota diplomática dirigida al nuevo Estado, de un tratado entre el Estado que otorga y el que recibe el reconocimiento, etc. Así, por ejemplo, España reconoció a Chile como "Nación Libre, Soberana e Independiente" por el artículo 1º del Tratado de 25 de abril de 1844 entre ambos países.

Es tácito el reconocimiento que se efectúa por medio de actos que implican, de manera cierta e inequívoca, la intención de reconocer, como por ejemplo: el establecimiento de relaciones diplomáticas con el nuevo Estado, el envío de una misión oficial a las ceremonias de la proclamación de su independencia, la celebración de un tratado político con el nuevo Estado, el votar favorablemente su admisión en las Naciones Unidas, etc.

El reconocimiento debe emanar de los órganos competentes para representar al Estado en las relaciones internacionales: Jefe del Estado o Ministro de Relaciones Exteriores.

En la práctica diplomática y en la doctrina se distingue, a veces, entre reconocimiento *de jure* y reconocimiento *de facto*. Esta terminología ha sido interpretada de maneras diversas. En general, el reconocimiento *de jure* sería definitivo y pleno, en tanto que el *de facto* sería provisorio y estaría limitado a ciertas relaciones jurídicas. Este último

¹ "Reconnaissance d'États et de gouvernements", en *Droit International. Bilain et Perspectives*, t. I (1991), p. 473.

podría otorgarse cuando hay dudas sobre la permanencia y consolidación de la nueva entidad estatal.

¿Es el reconocimiento un acto libre?

El derecho internacional común no impone el deber de reconocer a un Estado nuevo. Corresponde a cada Estado decidir libremente si reconoce o no como Estado a una colectividad que invoca los caracteres de tal, y su decisión puede estar condicionada por variados factores políticos.

Por otra parte, un Estado no puede legalmente reconocer como Estado a una provincia que intenta separarse de la Madre Patria mientras continúe la lucha armada y la metrópoli prosiga sus intentos efectivos para someter a los insurrectos. El reconocimiento prematuro constituye una intervención ilícita en los asuntos internos de la Madre Patria.

El derecho internacional contemporáneo prohíbe reconocer o tratar como Estado a una entidad que ha sido establecida mediante la amenaza o el uso de la fuerza por un Estado en contra de otro Estado en violación de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en ejercicio de sus facultades decisorias, puede imponer a los Estados miembros la obligación de no reconocer ni tratar como Estado a la nueva entidad.

Situación de los Estados no reconocidos

El no reconocimiento de un nuevo Estado puede llevarse casi hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, necesidades de orden práctico y humanitario motivan ciertos contactos y formas de cooperación con un Estado no reconocido, como el mantenimiento de relaciones oficiosas y postales; la admisión de sus actos de estado civil, como nacimientos y matrimonios; la celebración de acuerdos sobre materias administrativas (tráfico ferroviario, policía fronteriza, etc.). Los contactos y relaciones de esta clase no alcanzan a ser constitutivos de reconocimiento pleno.¹

Las situaciones de no reconocimiento son, pues, variadas. Hay un espectro variable —en naturaleza y en intensidad— de relaciones y

¹ Ver la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Namibia*, *Reports* 1971, y las opiniones individuales de los Jueces Petrén y Dillard. En el caso inglés *Carl*

formas de cooperación con un Estado no reconocido. Hasta puede llegar a ser difícil determinar cuándo estas relaciones han llegado a constituir pleno reconocimiento tácito del Estado con el cual se mantienen.

Lo dicho puede aplicarse *mutatis mutandis* a los gobiernos no reconocidos.

RECONOCIMIENTO DE GOBIERNOS

El problema del reconocimiento de gobiernos se presenta cuando ocurren cambios revolucionarios o inconstitucionales en el gobierno de un país; por ejemplo, un pronunciamiento militar, una revolución o una sublevación popular derroca al gobierno y se constituye una Junta Militar o un Gobierno Provisional que asume el mando de la nación.

Mediante el reconocimiento, los demás Estados admiten que el nuevo gobierno es el único que representa y puede obligar a su Estado, y traducen su intención de mantener relaciones oficiales con él.

En la práctica, un nuevo gobierno no solicita expresamente su reconocimiento; se limita a comunicar a cada uno de los demás Estados el hecho de haberse formado y su deseo de mantener relaciones amistosas con ellos. Los Estados destinatarios de esta comunicación acusan recibo de ella y expresan también su voluntad de seguir manteniendo relaciones amistosas con el nuevo régimen; esta contestación constituye reconocimiento tácito del nuevo gobierno.

El reconocimiento de un nuevo gobierno, como el establecimiento o el mantenimiento de relaciones diplomáticas con dicho gobierno, no importa necesariamente la aprobación de su política ni del cambio de régimen ocurrido. Dicho reconocimiento es la comprobación de un hecho y nada más.

Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler (1967). Lord Wilberforce expresó: "cuando están en juego derechos privados o actos de ocurrencia diaria, o actos administrativos rutinarios ... los tribunales pueden, en interés de la justicia y del sentido común, siempre que no prevalezcan razones de orden público en contrario, otorgar reconocimiento a los hechos y realidades existentes en el territorio en cuestión."

Al igual que el reconocimiento de Estados, el de gobierno puede ser expreso o tácito y de jure o de facto. Reproducimos *mutatis mutandis* lo ya dicho sobre el alcance de estas distinciones al tratar el reconocimiento de Estados.

Un Estado no está obligado a reconocer a un nuevo gobierno, pero está facultado para reconocerlo si dicho gobierno es estable y efectivo. Es estable si tiene probabilidades de permanencia; es efectivo si el gobierno ejerce el control sobre el territorio y es obedecido por la población del Estado. Un reconocimiento prematuro, es decir, otorgado mientras subsista la lucha armada y las nuevas autoridades no consoliden su poder, constituye una intervención ilícita en los asuntos internos del Estado.

El derecho internacional moderno no requiere como condición del reconocimiento la legitimidad del nuevo gobierno o su legitimación posterior. La llamada doctrina Tobar, según la cual no debiera reconocerse a un gobierno surgido de un golpe de Estado o de una revolución mientras el pueblo no lo hubiera legitimado constitucionalmente, no ha sido generalmente seguida y sólo tuvo una aplicación efímera en América Central. El no reconocimiento de un gobierno *de facto* por otros Estados puede hacer difícil para éstos realizar gestiones oficiales ante dicho gobierno para proteger sus intereses y los de sus nacionales. Por ello, los Estados se limitan a cumplir con la exigencia mínima establecida por el derecho internacional, es decir, que el nuevo gobierno sea estable y efectivo.

IDENTIDAD Y CONTINUIDAD DEL ESTADO *de sup. p. 103*

En principio, la personalidad internacional de un Estado permanece idéntica a través de los cambios, sean constitucionales o revolucionarios, que ocurran en el gobierno o en la estructura política de ese Estado. Los cambios de régimen, gobierno o soberano en un Estado, aun los cambios inconstitucionales o revolucionarios, no alteran por sí mismos las obligaciones internacionales de ese Estado ni constituyen fundamento válido para justificar su incumplimiento. Las obligaciones internacionales contraídas por un gobierno en nombre de un Estado son

obligaciones del Estado y no del gobierno que las contrajo, y subsisten a través de los cambios de gobiernos.

En virtud del principio de la identidad o continuidad del Estado, un Estado está obligado por los tratados celebrados por un gobierno anterior, es responsable de actos realizados por gobiernos predecesores, está obligado al pago de la deuda pública contraída por un gobierno anterior. Por otra parte, el nuevo gobierno está facultado para representar a su Estado en las organizaciones internacionales de que sea miembro, puede reclamar la propiedad de bienes estatales situados en el extranjero, etc.

Este principio ha sido normalmente observado. Todos los gobiernos franceses posteriores a 1789 respetaron las obligaciones contraídas por los gobiernos precedentes. En 1831 las Grandes Potencias declararon en Londres: "Es un principio de orden superior que los tratados no pierden su valor cualesquiera que sean los cambios que ocurran en la organización interior de los pueblos."

Sin embargo, después de la revolución de Octubre, el Gobierno soviético anuló varios tratados celebrados y empréstitos contraídos por los gobiernos zaristas y por el Gobierno Provisional de 1917. Reconoció, en cambio, como vigentes los tratados relativos a fronteras y ciertas convenciones humanitarias. La actitud soviética motivó protestas de los países afectados, los cuales no reconocieron al régimen soviético durante varios años.

Se perfila una tendencia a reconsiderar la regla general de que los cambios de régimen no alteran las obligaciones internacionales del Estado cuando "el trastorno social y político que sigue a un cambio revolucionario de gobierno es tal, que es equitativa y razonable una modificación de las obligaciones contraídas por el régimen anterior." ¹ Así, por ejemplo, un tratado de cooperación militar y política podría dejar de aplicarse a uno de los Estados partes en que se ha producido un cambio de régimen contrario a las bases mismas del tratado. ²

¹ Oppenheim's *Internacional Law*, vol. I (1992), p. 205.

² *Ibid.*

En 1917 el Gobierno de Costa Rica fue derrocado por el Ministro de Guerra, Federico Tinoco, quien asumió el poder. Dos años más tarde, Tinoco se vio obligado a renunciar y a huir del país. Las nuevas autoridades restablecieron la antigua Constitución y celebraron elecciones a su amparo.

En 1922 el Congreso de Costa Rica aprobó una ley que invalidaba los contratos celebrados por el gobierno depuesto. Esta legislación afectó a dos compañías inglesas que habían celebrado contratos con el gobierno de Tinoco. Inglaterra reclamó por la nueva legislación y el caso fue sometido por los dos gobiernos al arbitraje.

Inglaterra sostuvo ante el Arbitro: 1º, que el gobierno de Tinoco había sido el único gobierno de Costa Rica y que había administrado todo el país con el consentimiento indisputado del pueblo; 2º, que el nuevo Gobierno no podía, por medio de su legislación, eludir la responsabilidad del Estado por actos del Gobierno anterior y que los contratos celebrados válidamente por Tinoco debían ser respetados por las nuevas autoridades. Costa Rica respondió que el gobierno de Tinoco no había sido el gobierno *de facto* o *de jure* de Costa Rica según las reglas del derecho internacional; que los contratos y obligaciones de dicho gobierno eran nulos y no creaban obligaciones jurídicas, y que Gran Bretaña estaba impedida (*estopped*) de hacer una reclamación en nombre de sus súbditos porque no había reconocido al gobierno de Tinoco.

El Arbitro comprobó que Tinoco había ejercido exclusivamente la administración pacífica y efectiva de Costa Rica hasta pocos meses antes de su renuncia: los tribunales funcionaron, el Congreso legisló y las funciones de gobierno se cumplieron debidamente; el propio pueblo había parecido estar bien dispuesto hacia Tinoco cuando éste comenzó a gobernar. Su gobierno había sido, pues, efectivo y pacífico, y sus actos obligaban a Costa Rica. Era indiferente para el derecho internacional, sostuvo el Arbitro, que el gobierno de Tinoco hubiera sido inconstitucional y que no hubiera sido reconocido por varios países, entre ellos la Gran Bretaña.

Los Estados pueden extinguirse por unificación, por voluntaria o forzada incorporación a otro Estado y por disolución.

o Unificación Dos o más Estados pueden unirse o fusionarse para formar un nuevo Estado más extenso. Los Estados que se unen pierden su identidad internacional. Ejemplos: los Estados que al unirse en 1870 formaron el Imperio Alemán y los Estados de la confederación norteamericana que, al unirse, formaron los Estados Unidos de América. Tankanyka y Zanzibar se fusionaron en 1964 y constituyeron el nuevo Estado de Tanzania.

o Incorporación Un Estado puede extinguirse y perder su identidad al incorporarse a otro Estado del cual pasa a formar parte. Así, la República Democrática Alemana (Alemania Oriental) se extinguió al incorporarse en 1991 a la República Federal de Alemania.

o Disolución Un Estado puede dividirse en varias partes, cada una de las cuales pasa a formar un Estado nuevo o a incorporarse a otro Estado. El Estado desmembrado deja de existir y pierde su identidad internacional. Así, por ejemplo, el antiguo Estado de Polonia fue dividido en partes que fueron absorbidas en 1795 por Rusia, Austria y Prusia. El reciente proceso de disolución de la Unión Soviética y de Yugoslavia ha dado lugar a la extinción de estos Estados y a la formación de Estados nuevos en sus respectivos territorios.

SUCESIÓN DE ESTADOS

Las transformaciones territoriales de los Estados pueden ser de varias clases: varios Estados se unen y constituyen un Estado nuevo; un Estado se divide y da lugar a varios Estados nuevos; un Estado absorbe a otro Estado que desaparece como tal; una provincia se separa de un Estado para constituirse en un Estado nuevo; una colonia u otro territorio dependiente que se separa de la metrópoli se establece como

Estado; un Estado cede a otro una parte de su territorio. En estos casos, la soberanía de un Estado sobre determinado territorio es reemplazada por la soberanía del Estado que adquiere dicho territorio o que se establece en él. El Estado cuya soberanía territorial ha sido desplazada se denomina "predecesor", los Estados que implantan su soberanía se llaman "sucesores".¹

Estos cambios de soberanía presentan el problema llamado de la "Sucesión de Estados", que consiste en saber si el Estado sucesor adquiere, en virtud del derecho internacional, derechos y obligaciones que correspondían al Estado predecesor.

El derecho internacional no establece una sucesión universal, análoga a la del derecho civil, entre Estado predecesor y Estado sucesor. Tampoco admite que el Estado sucesor haga tabla rasa de todas las obligaciones que correspondían al Estado predecesor sobre el territorio que cambió de soberanía. Ni la doctrina ni la práctica internacionales consagran una de estas dos soluciones extremas.

Sin embargo, cuando se trata de determinar las reglas de derecho internacional común aplicables a la Sucesión de Estados se advierte la discordancia de opiniones doctrinales, la incoherencia de los precedentes y la variedad de soluciones concretas adoptadas. La diversidad de situaciones de sucesión territorial explica, en gran medida, esta anarquía; por otra parte, las soluciones alcanzadas han estado inspiradas por razones políticas y de conveniencia, y no pocas opiniones doctrinales han sido muy influidas por teorías caducas sobre la naturaleza del Estado y por factores emocionales vinculados al proceso de descolonización.

En esta materia son pertinentes las observaciones formuladas por un tribunal arbitral en el caso relativo a la Concesión de los Faros del Imperio Otomano en su sentencia de 24 de julio de 1956:

"Es imposible formular una solución general e idéntica para todas las hipótesis imaginables de sucesión territorial, y toda

¹ Las expresiones "Estado predecesor" y "Estado sucesor" están aquí tomadas en su sentido histórico y sociológico, no en su sentido jurídico. El empleo de ellas no prejuzga sobre si existe una sucesión jurídica entre uno y otro Estado.

tentativa para formular tal solución idéntica debe necesariamente fracasar ante la extrema diversidad de casos concretos."

En dos convenciones internacionales, una sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados, de 1978, y otra sobre Sucesión de Estados en Materia de Bienes, Archivos y Deudas del Estado, de 1978, se adoptaron reglas sobre estas materias. Ellas contienen varias disposiciones de *lege ferenda* y no es fácil saber cuáles de sus disposiciones reflejan el derecho existente. En todo caso, dichas convenciones no han reunido el número necesario de ratificaciones o adhesiones para entrar en vigor.

A continuación nos limitaremos a exponer sucintamente las tendencias generales de la práctica y de la doctrina respecto de los problemas más importantes que surgen en materia de Sucesión de Estados.

Tratados

Cuando una parte del territorio de un Estado A pasa a formar parte del territorio de otro Estado B, los tratados del Estado predecesor A dejan de estar en vigor en dicha parte y pasan a regir en ella los tratados del Estado B. Este es el principio de los límites variables de los tratados según el cual el ámbito espacial del tratado debe adecuarse a las modificaciones de la frontera.

Controvertida es la situación que se presenta cuando dos Estados, A y B, se unen para formar un nuevo Estado C, o cuando una parte del territorio de un Estado se separa para constituirse en Estado independiente. La práctica y la doctrina tradicionales estimaban que los tratados de los Estados predecesores no se "transmitían" a los nuevos Estados. La Convención de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados, de 1978, establece el principio general contrario: los tratados celebrados por el Estado predecesor continuarán en vigor en los nuevos Estados, a menos que ello sea incompatible con el objeto del tratado o cambien radicalmente las condiciones de su ejecución.

La misma Convención estableció el principio de la *tabla rasa* de los tratados respecto de los "Estados de reciente independencia". Estos últimos no estarían obligados a aplicar en su territorio los tratados celebrados por el país del cual dependían.

En todo caso, la sucesión de Estados no afecta de por sí a los llamados tratados de carácter territorial, como los que establecen una frontera o la desmilitarización de una parte del territorio. Los regímenes establecidos por estos tratados run with the land, es decir, "siguen" al territorio que cambia de soberanía.

Deuda pública internacional

Cuando un Estado se extingue porque se ha *incorporado* a otro Estado o porque se ha *fusionado* con otro Estado, su deuda pública internacional pasa al Estado absorbente o al Estado resultante de la fusión o unificación.

En caso de que un Estado se *desmembre* en dos o más partes cada una de las cuales pasa a constituir un nuevo Estado o a incorporarse a otro Estado, su deuda pública internacional debe ser asumida proporcionalmente por los Estados sucesores. Dichos Estados deben convenir entre ellos y con los Estados acreedores las modalidades de la distribución y servicio de la deuda. El mismo principio se aplica en caso de secesión, es decir cuando parte de un Estado se separa y se constituye en un nuevo Estado.

En caso de que *parte del territorio de un Estado sea transferido a otro*, pasan al Estado que adquiere dicho territorio las llamadas *deudas locales*, como las contraídas en beneficio exclusivo del territorio o las garantizadas con bienes existentes en él.

Naturalmente, Estado predecesor y Estados sucesores pueden convenir por tratado reglas especiales para el pago de la deuda pública. Así, por ejemplo, algunos tratados de cesión parcial de territorio estipulan que pasará al Estado cesionario parte de la deuda pública general del Estado cedente en proporción a los impuestos que percibía en el territorio cedido, a la situación económica del mismo y a otros factores.¹

¹ En 1991 los doce Estados sucesores de la Unión Soviética (sin los Estados bálticos) suscribieron un "memorandum de acuerdo" en virtud del cual asumieron responsabilidad solidaria por el total de la deuda soviética. Ante el gravamen que significaba la deuda para los Estados pequeños, Rusia celebró con ellos acuerdos por medio de los cuales renunciaban a toda reclamación sobre bienes de la antigua Unión Soviética a cambio de que Rusia se hiciera cargo del total de la deuda. La gestión de esta deuda es asegurada por el Banco de Comercio Exterior de la Unión Soviética, agente común de todos los deudores.

Bienes de dominio público

Los bienes de dominio público de un Estado existentes en el territorio que cambia de soberanía, como edificios públicos, museos, etc., pasan de pleno derecho a ser propiedad del Estado sucesor.

Responsabilidad → *NO se transmite*

El principio general es que la responsabilidad de un Estado por actos internacionalmente ilícitos no se transmite a los Estados nuevos o al Estado que adquiere su territorio.

Derechos adquiridos

El principio general es que los derechos privados legítimamente adquiridos por extranjeros (derechos de propiedad, derechos personales, concesiones) en virtud del derecho interno del Estado predecesor, no caducan por un cambio de soberanía.

B. OTROS SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL

LOS ESTADOS DEPENDIENTES

Estados dependientes son aquellos que están sometidos a la autoridad de otro Estado. Los Estados dependientes, al contrario de las subdivisiones políticas de un Estado, tienen personalidad internacional propia, pero en sus relaciones exteriores deben actuar representados o autorizados por el Estado del cual dependen.

Los protectorados. Entre los tipos más conocidos de Estados dependientes están los Estados bajo protectorado. El protectorado es una unión de Estados, establecida generalmente por tratado, en virtud de la cual uno de ellos (el Estado protector) asegura la defensa y la representación internacional de otro (Estado protegido). Es el Estado protector el que asume la dirección y el control de las relaciones internacionales del Estado protegido, celebra tratados en nombre de este último y

responde internacionalmente de los actos ilícitos realizados por las autoridades del protectorado.

Sin embargo, el Estado protegido, aunque está subordinado al Estado protector, sigue siendo un Estado, con su población, territorio y poder público propios. En otras palabras, conserva la calidad de persona o sujeto de derecho internacional.

Las modalidades de cada protectorado están determinadas por el tratado que lo establece. Como expresara la Corte Permanente de Justicia Internacional:

"A pesar de los rasgos comunes que presentan los protectorados de derecho internacional, ellos poseen caracteres jurídicos individuales resultantes de las condiciones particulares de su génesis y de su grado de desarrollo." ¹

Túnez fue protectorado de Francia entre 1881 y 1956 y Marruecos lo fue entre 1912 y 1956. Gran Bretaña estableció unilateralmente un protectorado sobre Egipto en 1914 y lo mantuvo hasta 1922.

LA SANTA SEDE

La Santa Sede antes de 1929

La Santa Sede (o Sede Apostólica) es la suprema autoridad de la Iglesia Católica. Su titular es el Papa (Sumo Pontífice).

Hasta el año 1870 el Papa no era solamente jefe supremo de la Iglesia Católica sino también soberano de un Estado: el Estado Pontificio. Tenía, pues, dos clases de poderes: un poder espiritual, que se extendía a las comunidades católicas del mundo entero, y un poder temporal: la soberanía sobre el Estado Pontificio. Los papas sostenían hasta entonces que la existencia del poder temporal era garantía indispensable para el cumplimiento de la misión espiritual de la Iglesia Católica.

¹ Series B, N° 4, p. 27.

21 Durante el proceso de la unidad italiana, la incorporación del Estado Pontificio al Reino de Italia fue uno de los puntos del programa de Cavour. El sentimiento nacionalista italiano exigía una Iglesia libre en un Estado libre (*libera chiesa in liberto stato*) y que Roma, hasta entonces capital del Estado Pontificio, pasara a ser la capital de Italia (*Roma capitale*).

19 En 1870 la ciudad de Roma fue ocupada por tropas italianas y el Estado Pontificio fue anexionado al Reino de Italia. Roma fue declarada capital del Reino. El Estado Pontificio y el poder temporal del Papa dejaron de existir.

Al año siguiente -1871- el Parlamento italiano dictó una Ley de Garantías sobre las prerrogativas del Soberano Pontífice y de la Santa Sede y sobre las relaciones del Estado con la Iglesia. Esta ley confirió al Papa los derechos y honores de un soberano, le otorgó una suma anual de dinero y reconoció la extraterritorialidad de los palacios papales. El Papa no aceptó la Ley de Garantías y mantuvo una protesta permanente contra lo que consideró una usurpación. Surgió así entre la Santa Sede y el Reino de Italia una larga controversia -"la cuestión romana"- que sólo fue solucionada en 1929 por los Acuerdos de Letrán.

Desde 1870 hasta 1929, a pesar de carecer de base territorial propia, la Santa Sede continuó gozando de varias prerrogativas estatales (de cierta medida de "personalidad internacional"): siguió enviando y recibiendo agentes diplomáticos y celebrando "concordatos", es decir, acuerdos con Estados para convenir la condición de la Iglesia Católica en ellos; varios Estados nuevos solicitaron reconocimiento de la Santa Sede y algunos lo obtuvieron; el Papa León XIII actuó como mediador en la controversia entre Alemania y España sobre las islas Carolinas.

La "conciliazione": Los Acuerdos de Letrán de 1929

Las relaciones entre la Santa Sede e Italia fueron normalizadas por los Acuerdos de Letrán, de 11 de febrero de 1929, que pusieron término a "la cuestión romana". El más importante de estos Acuerdos es el Tratado de Letrán.

- El Tratado de Letrán reconoce la soberanía de la Santa Sede en el dominio internacional como un atributo inherente a su naturaleza, en conformidad con su tradición y con las exigencias de su misión en el mundo.

- El Tratado establece la Ciudad del Vaticano (44 hectáreas) sobre la cual Italia reconoce a la Santa Sede la plena propiedad y la soberanía exclusiva absoluta para garantizarle así la independencia visible y completa de todo poder temporal. La Ciudad del Vaticano será considerada "territorio neutro e inviolable".

- Italia reconoce a la Santa Sede el derecho de legación activo y pasivo.

- La Santa Sede declara que "permanecerá ajena a las rivalidades temporales entre los demás Estados y a las reuniones internacionales convocadas con este objeto, a menos que las partes en litigio hagan un llamado unánime a su misión de paz, reservándose en cada caso hacer valer su poder moral y espiritual."

Los otros dos Acuerdos de Letrán son el Concordato y la Convención financiera. El Concordato dispuso que el catolicismo sería la religión oficial del Estado, estableció la enseñanza de la doctrina católica, aseguró la prestación de la fuerza pública para la ejecución de las sentencias eclesiásticas, etc. La Convención financiera contempló el pago a la Santa Sede de una congrua suma de dinero y la constitución de un título de renta a su favor.

El Concordato dio lugar a desacuerdos serios entre la Santa Sede y el Gobierno italiano. Uno de ellos surgió con motivo de la ley que instituyó el divorcio en Italia (1970), ley que el Papa consideró contraria a las estipulaciones concordatarias.

El Concordato de 1929 fue reemplazado en 1984 por un Acuerdo entre Italia y la Santa Sede que toma en cuenta la transformación política y social verificada en Italia en el último decenio y el desarrollo promovido en la Iglesia por el Concilio Vaticano II.

El Acuerdo de 1984 reafirma que las dos Partes son, cada una dentro de sus propios órdenes, independientes y soberanas; reconoce los efectos civiles del matrimonio convenido según las normas de derecho canónico; garantiza a la Iglesia Católica el derecho de instituir

libremente escuelas e institutos de educación; y dispone que la República Italiana continuará asegurando la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas no universitarias, sin perjuicio del derecho de cada cual para seguir o no dicha enseñanza. En 1984 también fue reemplazado el arreglo financiero.

La Santa Sede después del Tratado de Letrán

En virtud del Tratado de Letrán la Santa Sede goza de soberanía territorial plena sobre la Ciudad del Vaticano y sus anexos.

Dicho Estado tiene una superficie exigua (44 hectáreas). Como lo señaló Pablo VI en un discurso pronunciado en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Papa

"no está investido... sino de una minúscula y cuasi simbólica soberanía temporal: el mínimo necesario para ser libre de ejercer su misión espiritual y para asegurar a aquellos que tratan con él que es independiente de toda soberanía de este mundo."

La población de la Ciudad del Vaticano, formada por eclesiásticos, laicos, guardias suizos y comunidades religiosas, está bajo la autoridad suprema del Sumo Pontífice. Muchas personas que sirven en la Santa Sede tienen nacionalidad vaticana o viajan con pasaporte vaticano.

La Santa Sede actúa en el plano internacional en virtud de un doble título: como órgano supremo de la Iglesia Católica y como órgano supremo del Estado de la Ciudad del Vaticano. Los concordatos son celebrados por la Santa Sede como órgano supremo de la Iglesia Católica; las diversas convenciones con Italia sobre asuntos temporales (correos, moneda, policía) han sido celebradas por la Santa Sede en nombre y representación del Estado Vaticano.

La Santa Sede tiene derecho de legación activo y pasivo, es decir, puede enviar y recibir agentes diplomáticos. En el hecho, mantiene misiones diplomáticas en muchos países. Los jefes de misión de la Santa Sede que tienen rango más alto son los nuncios. En los países católicos se reconoce al Nuncio la calidad de Decano del Cuerpo Diplomático residente. En los países que no reconocen al Nuncio esta calidad, la Santa Sede acredita pronuncios. Unos y otros tienen la

misma jerarquía que los embajadores. Los internuncios son jefes de misión que tienen rango equivalente al de ministros plenipotenciarios. A los Estados que no tienen relaciones diplomáticas con la Santa Sede ésta envía un delegado apostólico, el cual es representante del Papa ante la Iglesia local. Por otra parte, muchos Estados, varios de ellos no católicos, mantienen ante la Santa Sede embajadas o legaciones.

La Santa Sede es parte en tratados internacionales, concurre a conferencias internacionales y tiene acreditados observadores permanentes ante algunas organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas y la UNESCO.

El Sumo Pontífice, a petición de las partes en una controversia, ha aceptado ejercer una misión de paz. Así, a solicitud de España y Alemania, sirvió de mediador en la controversia entre estos países sobre las islas Carolinas (1885), y a solicitud de Chile y de Argentina fue mediador en el diferendo sobre la zona austral (1979-1984).

LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Las organizaciones internacionales intergubernamentales, tales como las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de Aviación Civil Internacional tienen cierta medida de personalidad internacional. En virtud de ella, tienen capacidad para celebrar tratados y presentar reclamaciones internacionales; pueden intercambiar representantes diplomáticos e incurrir en responsabilidad internacional, etc.

La personalidad internacional de las Naciones Unidas fue examinada por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas. Después de analizar los fines y las funciones de la Organización, la Corte concluyó que

"...la Organización es una persona internacional. Esto no equivale a decir que la Organización es un Estado, lo que ciertamente no es, ni que su personalidad jurídica, sus derechos y sus deberes sean los mismos que los de un Estado. Menos aún es

decir que ella sea un "super Estado", cualquiera que sea el sentido de esta expresión... Lo que significa es que la Organización es un sujeto de derecho internacional, que tiene capacidad de ser titular de derechos y deberes internacionales y que tiene capacidad para ejercer estos derechos presentando reclamaciones internacionales."¹

Luego la Corte agregó:

"Mientras que un Estado posee la totalidad de los derechos y deberes internacionales reconocidos por el derecho internacional, los derechos y deberes de una entidad tal como la Organización de las Naciones Unidas deben depender de sus fines y funciones tal como están especificados en su acto constitutivo y han sido desarrollados en la práctica."²

Este pronunciamiento es importante. La medida de personalidad internacional de una organización internacional, es decir su capacidad internacional, depende de los fines y funciones que le señale la Carta o instrumento constitutivo de tal organización y de la forma en que esos fines y funciones han sido desarrollados en la práctica.

¹ Reports 1949, p. 179. Cursivas del autor.

² Ibid, p. 180.

EL TERRITORIO DEL ESTADO

LOS ESPACIOS DEL GLOBO

Los espacios del Globo están sometidos a regímenes jurídicos diversos.

En primer lugar, están los territorios que se encuentran bajo la soberanía de los Estados. El territorio del Estado no sólo comprende la tierra firme sino también las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo suprayacente.

En segundo lugar, hay espacios en que los Estados tienen competencia o jurisdicción sólo para fines determinados. Son ciertas zonas marítimas: la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

En tercer lugar, hay espacios que no pertenecen a Estado alguno y que están abiertos a la utilización común por todos los Estados. Son: la alta mar y el espacio aéreo que la cubre, el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes. En situación análoga se encuentran los fondos marinos situados más allá de las jurisdicciones nacionales, que son patrimonio común de la humanidad.

Finalmente hay regiones sometidas a un régimen jurídico particular, como las regiones polares.

EXTENSIÓN DEL TERRITORIO DEL ESTADO

La expresión "territorio del Estado" tiene en derecho internacional un sentido amplio. El territorio del Estado comprende:

- la tierra firme,
- las aguas interiores, su lecho y subsuelo,
- el mar territorial, su lecho y subsuelo, y
- el espacio aéreo que cubre la tierra firme, las aguas interiores y el mar territorial.

La tierra firme y su subsuelo constituyen el llamado "dominio terrestre" del Estado; las aguas interiores, el mar territorial (y sus respectivos lecho y subsuelo) forman su "dominio marítimo"; y el espacio aéreo constituye el "dominio aéreo" del Estado.

Los dominios marítimo y aéreo del Estado constituyen una dependencia de su dominio terrestre. "Es la tierra la que confiere al Estado ribereño un derecho sobre las aguas que bañan sus costas." ¹ El Estado que adquiere un territorio lo adquiere *ipso jure* con sus aguas interiores, mar territorial y espacio aéreo.

Autores de otra época consideraban también territorio de un Estado la sede de sus misiones diplomáticas en el extranjero, sus buques de guerra y sus buques mercantes que navegaran en alta mar. El propio Código de Procedimiento Penal chileno hace referencia a "las casas y naves que, conforme al Derecho Internacional, se reputan territorio de otra nación" (artículo 159). Esta ficción, llamada "teoría de la extraterritorialidad", ha sido abandonada por la doctrina moderna. La sede de las misiones diplomáticas de un Estado, sus buques de guerra y sus buques mercantes en alta mar no son territorio del Estado a que pertenecen, aunque se los considera como si lo fueran para ciertos efectos.

El presente capítulo está destinado al estudio del llamado territorio terrestre. Los dominios marítimo y aéreo del Estado serán tratados en los capítulos relativos al derecho internacional del mar y al espacio aéreo.

LA DELIMITACIÓN

La delimitación consiste en determinar la línea que separa el territorio de dos Estados. Esta línea se llama límite internacional o frontera.

¹ Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Pesquerías*. *Reports* 1951, p. 133.

La delimitación se efectúa normalmente por medio de un tratado. Así, por ejemplo, Chile y Perú definieron su frontera en el Tratado de Lima de 1929. También puede ser hecha por sentencia de un tribunal internacional que resuelve un litigio limítrofe, como la que pronunció como árbitro el Rey de Inglaterra Eduardo VII para dirimir la controversia de límites que había surgido entre Chile y Argentina al tratar de aplicar en el terreno el Tratado de Límites de 1881.

Los Estados que desean convenir una frontera son libres para determinar la base de su trazado. Pueden establecerla con referencia a paralelos, meridianos, accidentes geográficos, el *uti possidetis*, etc. Si desean establecerla en base a un accidente geográfico deben indicar, en cada caso, cuál es el límite dentro del respectivo accidente. En las *cordilleras* se conviene como límite la línea de las más altas cumbres o la línea divisoria de las aguas. En los *ríos no navegables* se adopta generalmente como límite la línea media, que corre paralela a ambas riberas; en los *ríos navegables* se prefiere como límite la línea del *thalweg*, es decir, la línea media del canal principal de navegación, que asegura a ambos Estados ribereños iguales ventajas de navegación por el río. En los *lagos* fronterizos el límite más usual es la línea media, situada a igual distancia de ambas riberas.

Antes de que dos Estados o un tribunal procedan a efectuar una delimitación se hace necesario tener una información geográfica completa de las regiones o accidentes geográficos que van a ser objeto de ella. La falta de conocimiento geográfico adecuado ha llevado, muchas veces, a la confección de mapas inexactos y al trazado en ellos de límites que no han podido ser demarcados en el terreno.

Una frontera establecida por tratado adquiere carácter permanente y tiene existencia jurídica propia. El tratado que la establece puede cesar de estar en vigor sin que ello afecte el carácter permanente de la frontera. ¹ Sin embargo, ello no obsta a que dos Estados modifiquen la frontera por consentimiento mutuo.

¹ Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Controversia Territorial entre Libia y Chad*. *Reports* 1994, p. 35.

La demarcación consiste en materializar en el terreno, mediante signos visibles, el curso de la línea de frontera. Para ello se utilizan hitos u otras señales que indiquen claramente el límite.

Para demarcar una frontera y para densificar los hitos que la hacen visible se establecen comisiones demarcadoras. Una de ellas es la Comisión Mixta de Límites entre Chile y Argentina, establecida por un Protocolo de 1941. Esta Comisión está formada por delegados de ambos países y sus funciones son: colocar hitos donde considere necesario hacerlo, a fin de señalar con más claridad y precisión la línea de la frontera; reponer los hitos desaparecidos o en mal estado; señalar las coordenadas geográficas exactas de todos ellos; y elaborar las cartas oficiales del límite. La Comisión debe levantar actas consignando la ubicación y demás datos descriptivos de cada uno de los hitos colocados.

La demarcación puede suscitar dificultades si el límite ha sido descrito de manera imprecisa en un tratado de límites o en una sentencia, si son inexactos los mapas en que el límite fue ilustrado, etc.

Los órganos encargados de la demarcación no tienen facultad para modificar el trazado del límite indicado en el instrumento que lo define. Sin embargo, algunas comisiones demarcadoras han sido autorizadas para recomendar a los gobiernos respectivos, o aun para efectuar por sí mismas en el terreno, ciertos ajustes o rectificaciones menores del límite convenido.

LA SOBERANÍA O COMPETENCIA TERRITORIAL

Don Andrés Bello definió el territorio de un Estado como "toda aquella parte de la superficie del globo de que ella es dueño y a que se extiende su soberanía."¹

Soberanía territorial o competencia territorial es el poder que tiene un Estado sobre el territorio que le pertenece. En virtud de su soberanía

¹ *Derecho Internacional* (1886), p. 61.

territorial un Estado ejerce su poder público o *imperium* sobre las personas presentes en el territorio, los bienes en él situados y los hechos que allí ocurran. En el marco de su territorio el Estado legisla, administra justicia, organiza sus servicios públicos y realiza actos coercitivos.

Toda persona que está dentro del territorio del Estado se encuentra *ipso facto* sujeta a la soberanía territorial del mismo. El territorio constituye, en principio, el título y el límite de la soberanía territorial.

La soberanía territorial se caracteriza por su *plenitud y exclusividad*. Es plena porque ella comprende todos los actos inherentes al poder público del Estado. Es exclusiva porque, en principio, dentro del territorio de un Estado sólo éste puede ejercer su poder público, con exclusión de los demás Estados.

Siendo en principio la soberanía territorial plena y exclusiva, toda manifestación de autoridad ejercida por un Estado dentro de su territorio se presume legítima. Como expresara un tribunal arbitral en el caso del *Lago Lanoux* (1958):

"La soberanía juega en forma de una presunción. Ella debe ceder ante todas las obligaciones internacionales, cualquiera que sea su fuente, pero no cede sino ante ellas."

La soberanía territorial es diferente del dominio o propiedad que un Estado tiene sobre inmuebles situados en su territorio. La soberanía territorial está fundada en el derecho internacional, en tanto que el dominio del Estado sobre inmuebles deriva de un título basado en el derecho interno.

El Estado tiene también el derecho de *disponer* de su territorio por cesión o conyiniendo limitaciones de su soberanía territorial.

LIMITACIONES DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

Lo normal es que un Estado despliegue sobre su territorio su soberanía territorial plena y exclusiva. Sin embargo, hay casos en que la soberanía territorial de un Estado está limitada por tratado o por una costumbre internacional. Estas limitaciones son de dos categorías:

Son aquellas limitaciones en virtud de las cuales el Estado debe abstenerse de realizar ciertos actos de soberanía dentro de su propio territorio.

A esta categoría pertenecen las inmunidades de jurisdicción, que eximen de la jurisdicción local a ciertas personas, como los Jefes de Estado, los diplomáticos extranjeros y los buques y aeronaves de guerra extranjeros, aunque estén dentro del territorio del Estado.

También estas limitaciones pueden derivar de un tratado. Así, por ejemplo, un Estado puede contraer la obligación de no introducir fuerzas militares en determinada parte de su territorio (desmilitarización), de no realizar actos de guerra en cierta región (neutralización), de no ceder una provincia a un tercer país, etc.

Limitaciones de esta clase figuran en tratados celebrados por Chile con países limítrofes:

- El Tratado de Límites entre Chile y Argentina (1881) dispone en su artículo V:

"El Estrecho de Magallanes queda neutralizado a perpetuidad y asegurada su libre navegación para las banderas de todas las naciones. En el interés de asegurar esta libertad y neutralidad no se construirán en las costas fortificaciones ni defensas militares que puedan contrariar ese propósito."

- En virtud del Protocolo Complementario del Tratado de Límites entre Chile y Perú (1929), los Gobiernos de Chile y Perú no podrán, sin previo acuerdo entre ellos, ceder a una tercera potencia la totalidad o parte de los territorios de Arica y Tacna, respectivamente.

- El mismo Protocolo dispuso que el Morro de Arica "será desartillado".

- Una Declaración firmada por los Ministros de Relaciones Exteriores de Chile y de Bolivia en 1953, que interpreta la Convención de Tránsito de 1937 entre ambos países, sometió la carga de o hacia Bolivia a la jurisdicción y competencia exclusivas de las autoridades bolivianas, con exclusión de los tribunales y autoridades chilenos.

En virtud de ellas, dentro del territorio de un Estado, otro Estado extranjero está autorizado para ejercer ciertos actos de soberanía. Aquí la limitación tiene un aspecto positivo: la soberanía del Estado local se eclipsa, en cierta medida, en favor de otro Estado que substituye al primero en el ejercicio de la misma.

Como ejemplos de este tipo de limitaciones nos referiremos a los arrendamientos, a las cesiones de administración, a las capitulaciones y a las llamadas servidumbres.

- Arrendamientos

En virtud de tratados un país ha dado en arriendo a otro, por largo tiempo (99 años, por ejemplo), cierta área de su territorio.

El país arrendatario ejerce soberanía temporal en esa área, en tanto que el país arrendador posee una soberanía última y residual que sólo se manifestará plenamente al terminó del arriendo. A fines del siglo pasado algunas Potencias europeas impusieron a China el arriendo de ciertos perímetros de la costa. Estos regímenes en China han desaparecido.

Los Estados Unidos han tomado en arrendamiento zonas de territorio extranjero para establecer bases militares. Por ejemplo, en 1903 los Estados Unidos tomaron en arriendo de Cuba el territorio de Guantánamo y Bahía Honda.

- Cesiones de administración

Por medio de la cesión de administración un Estado, conservando el dominio sobre un territorio, concede a otro Estado, a perpetuidad, la supremacía territorial sobre dicho territorio. El caso típico fue el de la Zona del Canal de Panamá. Por tratado de 1903 la República de Panamá cedió a los Estados Unidos, a perpetuidad, el "uso, ocupación y control" de una zona de su territorio (de 10 millas de ancho) para la construcción y funcionamiento de un canal interoceánico. Según dicho tratado, Estados Unidos gozaría en esta zona de "todos los derechos, poder y autoridad" que tendría si fuera soberano de ese territorio, con exclusión de la República de Panamá.

Un nuevo Tratado, celebrado en 1977, reemplazó el régimen establecido en 1903.

- Capitulaciones

Se llamaron capitulaciones las convenciones celebradas entre algunos Estados occidentales y países hors Chrétienté (fuera de la Cristiandad) en virtud de las cuales los cónsules residentes en estos últimos administraban justicia civil y criminal a sus propios súbditos. Las primeras capitulaciones fueron convenidas en 1535 en un tratado celebrado entre Francisco I y el Sultán Solimán II. Aplicado inicialmente en el Imperio Otomano, el régimen de capitulaciones se extendió a otros países, como Persia y Afganistán. Las capitulaciones fueron abrogadas en Turquía en 1923. Ya no existen países sometidos a este régimen.

- Las llamadas "servidumbres"

El término "servidumbre" ha sido empleado en derecho internacional con significados diversos e imprecisos. Algunos autores llaman servidumbre a cualquier gravamen relativo al territorio de un Estado en favor de otro Estado o de sus nacionales, como el de permitir la pesca en sus aguas territoriales, el sobrevuelo por su espacio aéreo o el tránsito por su territorio. Otros autores designan con este término ciertos derechos de jurisdicción y de soberanía que un Estado puede ejercer dentro del territorio de otro.

Estos significados son demasiado amplios y no responden al concepto tradicional de servidumbre. En efecto, según la tradición romanista servidumbres es un gravamen impuesto a un predio en favor de otro predio de distinto dueño. La servidumbre tiene carácter real (*runs with the land*) y subsiste a pesar de que se transfiera el dominio del predio sirviente o del predio dominante.

La noción tradicional de servidumbre sólo podría tener aplicación internacional si existieran derechos y obligaciones relativos al territorio que tuvieran carácter real, es decir, que subsistiesen a pesar de los cambios de soberanía que ocurrieran en el territorio que gravan o en el que sirven. Sin embargo, importantes tratadistas sostienen que no hay

prueba de que tales derechos existan en el sistema internacional, y consideran que, aun si existieran, la noción de servidumbre no sería la más apropiada para explicarlos.

La tentativa de transponer la noción civilista de servidumbre al derecho internacional ha sido una copiosa fuente de confusiones conceptuales. Se trata de "un procedimiento técnicamente inútil, históricamente superado y jurídicamente discutible."¹

La noción de servidumbre fue utilizada por el Tratado de Lima, (1929), entre Chile y Perú, cuyo artículo 3º dispone que Chile constituye sobre los canales del Uchusuma y del Mauri, en la parte que atraviesan su territorio, el más amplio derecho de servidumbre a perpetuidad en favor del Perú. Tal servidumbre comprende el derecho de ampliar los canales actuales, modificar el curso de ellos y recoger todas las aguas captables en su trayecto por territorio chileno, salvo las aguas que actualmente caen al río Lluta y las que sirven a las azufreras del Tacora.

También el Tratado de 1929 constituyó a perpetuidad el "derecho más amplio de servidumbre" en favor del Perú en la parte de la línea del ferrocarril de Arica a Tacna que atravesase territorio chileno, sin perjuicio de la soberanía que corresponde ejercer a Chile (artículo 7º).

Las limitaciones de la soberanía territorial pueden llegar hasta dejar a su titular con un *nudum jus*, un derecho nudo sobre el territorio sometido a la limitación. Es el caso de los arrendamientos. Pero el titular conserva los "derechos residuales" sobre dicho territorio, de manera que una vez que ha cesado la restricción recupera el pleno ejercicio de la soberanía territorial.

FACILIDADES ACORDADAS POR UN ESTADO EN SU TERRITORIO QUE NO LIMITAN SU SOBERANÍA TERRITORIAL

Un Estado puede acordar a otro Estado y a los nacionales de este último ciertas facilidades de utilización de un territorio que no limitan la

¹ Charles Rousseau. *Droit international public*, t. III (1977), p. 46. Ver también A. D. McNair, "So-called Servitudes", en *British Year Book of International Law* (1923-1924), y J. L. Briery. *The Law of Nations* (1963), ps. 190-194.

soberanía territorial del primero, tales como el libre tránsito a través de su territorio, pescar en sus aguas territoriales y utilizar o mantener una instalación portuaria.

El Estado que ha contraído obligaciones en favor de otro Estado o de sus nacionales da cumplimiento a ellas mediante la acción de sus propios órganos, por ejemplo, dictando la legislación interna correspondiente. El hecho de haber contraído dichas obligaciones no lo priva del derecho de ejercer su propia competencia ni le impone el deber de compartir el ejercicio de ella con el Estado beneficiario; sólo debe ejercer su competencia sujetándose a las obligaciones internacionales contraídas. El ejercicio compartido de competencias es excepcional; por lo tanto, no se presume y debe ser claramente probado.

La sentencia pronunciada por la Corte Permanente de Arbitraje en el caso de las *Pesquerías en las Costas del Atlántico Norte*, entre Gran Bretaña y los Estados Unidos (1910), ilustra este principio. Gran Bretaña se había obligado por un tratado de 20 de octubre de 1818 a permitir a los habitantes de los Estados Unidos pescar en ciertas aguas de Terranova y de Canadá. ¿Podía Gran Bretaña (o sus autoridades dependientes) dictar los reglamentos de pesca, o necesitaba el concurso de los Estados Unidos? La Corte Permanente de Arbitraje resolvió que el derecho de reglamentación de pesca podía ser ejercido por Gran Bretaña, dentro de su competencia, sin el consentimiento de los Estados Unidos. Naturalmente, los reglamentos de pesca debían respetar los derechos conferidos por el tratado a los pescadores norteamericanos.

COSOBERANÍA

Cosoberanía, *coimperium* o condominio es el ejercicio de soberanía conjunta de dos o más Estados sobre un mismo territorio. El régimen de administración común se organiza ordinariamente por tratado. Un ejemplo histórico es el de las Nuevas Hébridas, islas que estuvieron bajo la cosoberanía de Gran Bretaña y Francia. La distribución de funciones entre ambas Potencias era compleja; algunas funciones residían en la administración conjunta; otras correspondían a cada

Potencia, sujetas a delegaciones de jurisdicción. Este condominio llegó a su término en 1980, año en que las islas proclamaron su independencia y formaron el Estado de Vanuato.

LA ADQUISICIÓN DE TERRITORIO

Los principios de derecho internacional relativos a la adquisición de territorio se formaron en la época de las monarquías absolutas, cuando prevalecían las concepciones monárquicas y patrimoniales del Estado. Según ellas, el territorio del Estado era propiedad del Príncipe, el cual podía disponer del territorio por herencia, venta, pactos de familia, etc.

Esta circunstancia, así como la analogía entre soberanía territorial y propiedad privada, explican que los principios sobre adquisición de territorio fueran elaborados tomando como base los modos admitidos por el derecho romano para la adquisición del dominio.

Los modos de adquisición de territorio tradicionalmente admitidos por el derecho internacional eran los siguientes: la ocupación, la accesión, la cesión, la prescripción y la conquista. Este último ya no es admitido por el derecho internacional.

• Ocupación

La ocupación tuvo gran aplicación en la época de los grandes descubrimientos geográficos y de la expansión colonial. Aunque este modo de adquisición tiene escasa aplicación en la actualidad, sus principios sirven para decidir litigios relativos a ocupaciones realizadas en el pasado.¹

Dos son los requisitos necesarios para la validez de la ocupación de un territorio:

- a) que el territorio sea *nullius*, y
- b) que la ocupación sea efectiva. (*ANIMUS*)

¹ En 1955, cuatro hombres fueron transportados por un helicóptero del buque británico H.M.S. Vidal al islote deshabitado de Rockhall, en el Atlántico, y lo anexaron formalmente al Reino Unido en nombre de la Reina.

Terra Nullius Es aquella que no pertenece a Estado alguno en el momento en que se realiza la ocupación. En el caso del *Sahara Occidental* (1975) la Corte Internacional de Justicia señaló:

"Cualesquiera que hayan podido ser las divergencias de opiniones entre los juristas, resulta de la práctica de los Estados en el período considerado que los territorios habitados por tribus o por pueblos que tenían una organización social y política no eran considerados como *terra nullius*. Se estimaba más bien en general que la soberanía sobre ellos no podía adquirirse unilateralmente por la ocupación de *terra nullius* en tanto que título originario, sino por medio de acuerdos celebrados con jefes locales."¹

Efectividad. Durante la época de los grandes descubrimientos geográficos, las Potencias marítimas basaron reclamaciones de soberanía en el descubrimiento de tierras seguido de una ocupación simbólica, como levantar un acta, colocar una bandera, etc. Desde el siglo XIX, el derecho internacional exige que la ocupación sea efectiva, es decir, que el Estado ocupante tome posesión del territorio con ánimo de soberano y que establezca allí una administración local suficiente para asegurar el ejercicio de su autoridad. El grado de efectividad depende de la naturaleza del territorio: en una isla inhabitable o en las regiones polares se reduce considerablemente. El *mero* descubrimiento geográfico sólo otorga al Estado descubridor un título provisional para ocupar el territorio, con preferencia a otro Estado, dentro de un plazo razonable.

El Estado que adquirió un territorio por ocupación debe mantener su título mediante el ejercicio de soberanía efectivo, pacífico y permanente sobre el mismo. Un Estado puede perder por su inactividad el título adquirido, particularmente si otro Estado ejerce soberanía sobre dicho territorio durante el período de inactividad del primero.

¹ Reports 1975, p. 39.

Accesión

Es el aumento, por medios naturales o artificiales, del territorio de un Estado, como sucede cuando los mares se retiran o se forman nuevas islas en el mar territorial.

Cesión

La cesión consiste en la transferencia de un territorio hecha por un Estado a otro en virtud de un tratado; ella se efectúa bajo la forma de venta, permuta, cesión gratuita, etc.

Alaska fue vendida por Rusia a los Estados Unidos en 1867. España vendió Florida a los Estados Unidos en 1819 y les cedió las Filipinas y la isla de Puerto Rico en 1898.

El derecho internacional general no subordina la validez de la cesión de un territorio al consentimiento de los habitantes del mismo. Sin embargo, los Estados pueden convenir en un tratado que se consulte a los habitantes del territorio sobre su aceptación o rechazo de la cesión proyectada. Esta consulta se denomina *plebiscito*.

La práctica del plebiscito se inició con la Revolución Francesa de 1789. Algunas de las consultas sólo tuvieron por objeto formalizar anexiones ya efectuadas. Después de la Primera Guerra Mundial los tratados de paz dispusieron la celebración de plebiscitos respecto de varias regiones europeas.

Prescripción

El derecho internacional reconoce una institución inspirada en el mismo principio que la prescripción adquisitiva del derecho civil, con la cual presenta analogías. Siguiendo a la mayor parte de los autores, llamaremos a esta institución "prescripción", advirtiendo que ella no tiene perfiles muy definidos y que algunos tratadistas la consideran una forma de "reconocimiento" o de "consolidación histórica".

La prescripción permite a un Estado adquirir un territorio que ya pertenece a otro Estado mediante el ejercicio de soberanía continuo, pacífico e indiscutido sobre dicho territorio durante un tiempo suficiente.

La prescripción conlleva un doble proceso: por una parte, la realización por un Estado de actos de soberanía en forma continua, pacífica e indiscutida, durante cierto tiempo, sobre un territorio ajeno; y por otra, la inacción o aquiescencia por parte del soberano territorial. Es la pasividad sostenida de este último, considerada como el abandono tácito de su derecho al territorio, la que consolida el título del Estado que lo adquiere por prescripción.

¿Cuáles son los actos que sirven para probar la prescripción? Ellos son los actos de soberanía o autoridad, como legislación, administración de justicia, actos de registro civil, acciones policiales, percepción de impuestos, etc. Los actos que no son realizados a titre de souverain, como trabajos hidrográficos, explotaciones mineras, recolección de guano, no bastan por sí mismos para fundar un título prescriptivo.

El derecho internacional no ha establecido un plazo determinado para adquirir soberanía por prescripción: bastará que el doble proceso de actividad estatal por parte de un Estado, y de tolerancia por parte de otro Estado, consolide la situación en forma definitiva.

La prescripción permite también fundamentar un título sobre un territorio que se posee desde tiempo inmemorial, pero cuya adquisición no puede ser demostrada por otro título específico.

La prescripción está inspirada en el deseo de no alterar un estado de cosas que parece consolidado (*quieta non movere*). Ella representa una concesión hecha por la ley a una situación de hecho en nombre de la estabilidad y de la paz sociales.

Prohibición de adquirir territorios por medio de la fuerza

Hasta el término de la Primera Guerra Mundial la doctrina admitía la adquisición de territorios mediante la amenaza o el uso de la fuerza. Se aceptaba que la subyugación completa y total del Estado vencido después de una guerra, seguida de la anexión formal de su territorio por parte del Estado victorioso (conquista), permitía a éste adquirir legítimamente el territorio del primero. Esta actitud de la doctrina era consecuencia lógica de que entonces el derecho internacional no

prohibía el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Por otra parte, los tratados de cesión de territorios impuestos por la guerra eran considerados válidos.

El derecho internacional contemporáneo no admite la conquista como medio de adquisición territorial. Tampoco admite la validez legal de adquisiciones hechas como resultado de la amenaza o del uso de la fuerza, ni siquiera mediante un tratado de cesión de territorio obtenido por la fuerza. La Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, titulada "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 Unidas", contiene el párrafo siguiente:

"El territorio de un Estado no será objeto de adquisición por otro Estado como resultado de la amenaza o del uso de la fuerza. Ninguna adquisición territorial que resulte de la amenaza o del uso de la fuerza será reconocida como legal."

Y en un importante pronunciamiento la Corte Internacional de Justicia declaró:

"Casi no hay duda... de que un acuerdo celebrado bajo la amenaza o el uso de la fuerza es nulo según el derecho internacional contemporáneo."¹

En 1990 Irak invadió Kuwait y proclamó su "fusión total y eterna" con Kuwait. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas declaró que esta anexión carecía de validez jurídica, exhortó a todos los Estados y organizaciones internacionales a no reconocer dicha anexión y exigió a Irak que la dejara sin efecto. Irak sólo se retiró de Kuwait después de la acción militar efectuada en su contra por fuerzas multinacionales lideradas por los Estados Unidos (la "Guerra del Golfo").

¹ Caso sobre *Competencia en Materia de Pesquerías* (competencia). *Reports* 1973, p. 59.

Los Estados tienen la obligación de abstenerse de reconocer situaciones territoriales resultantes de la amenaza o del uso de la fuerza. Sin embargo, si no se adoptan medidas eficaces para rectificar una situación de esta clase, el no reconocimiento de ella no puede prolongarse indefinidamente: los terceros Estados pueden tener importantes intereses que cautelar en el territorio anexado y no siempre están en condiciones de ignorar por mucho tiempo el hecho de que el Estado anexante ejerce el control efectivo sobre dicho territorio. Ante esta discrepancia entre los hechos y el derecho, los primeros terminan por prevalecer: la nueva situación territorial se impone gradualmente, es aceptada o reconocida por los Estados, incluso por el que perdió el territorio, y termina adquiriendo validez legal.

LA DOCTRINA DE LA PROXIMIDAD GEOGRÁFICA

Según esta doctrina, la soberanía territorial legalmente establecida sobre un territorio se extendería a los territorios e islas que están geográficamente próximos a él.

Esta doctrina fue desestimada por el laudo pronunciado en el caso de la *Isla de Palmas* y por la Corte Internacional en los casos de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* (1969). En estos últimos, la Corte declaró no poder aceptar que "la mera proximidad geográfica confiera, por sí sola, título al territorio terrestre."¹

Sin embargo, aunque la mera proximidad geográfica no otorga por sí sola un título al territorio terrestre, puede ser un índice o presunción de tal título y, unida a otros factores, puede contribuir a probar la soberanía de un Estado sobre un territorio vecino.

Una variante de esta doctrina —la teoría de los sectores— ha sido invocada para delimitar territorios polares (ps. 134 y ss).

¹ Reports 1969, p. 31.

Cuando los países hispanoamericanos se independizaron de su metrópoli adoptaron el principio del *uti possidetis juris* para fijar sus fronteras.

Según este principio, las nuevas Repúblicas hispanoamericanas tendrían los mismos límites que tenían a la época de su independencia las divisiones administrativas españolas (virreinos, capitanías generales, etc.) de las cuales dichas Repúblicas se consideraban sucesoras. Así, en virtud del *uti possidetis*, los límites administrativos coloniales se transformarían en límites internacionales propiamente dichos.

El problema de determinar cuáles eran efectivamente los límites coloniales presentó dificultades: muchas regiones estaban inexploradas a la época de la independencia; otras eran vagamente conocidas; la Corona española no había determinado de manera precisa los límites de sus diversas dependencias, y existían límites para diversos efectos (administrativos, militares, eclesiásticos) que no siempre coincidían.

El principio del *uti possidetis juris* permitió establecer fronteras ciertas y estables en la mayor parte de América del Sur y América Central. Sin embargo, en ciertas regiones su aplicación suscitó dificultades y litigios territoriales.

Chile y Argentina, en un tratado celebrado en 1855, reconocieron como límite de sus respectivos territorios los que poseían como tales al separarse de la dominación española en 1810. Las negociaciones diplomáticas para fijar tales límites fueron arduas y difíciles. Finalmente, ambos países firmaron en 1881 un Tratado de Límites, que constituyó una transacción.

La sentencia arbitral en el caso de la *Región del Canal Beagle* (1977) describe la doctrina del *uti possidetis* en los siguientes términos:

"A juicio de la Corte, la doctrina tiene dos aspectos principales. Primeramente: se considera que todo el territorio de la América española, por remoto o inhospitalario que fuere, formaba parte de una de las antiguas divisiones administrativas del régimen colonial español (virreinos, capitanías generales, etc.). De allí que en Hispanoamérica no haya territorios con *status de res*

nullius susceptibles de adquirirse mediante la ocupación. Segundo: se considera que el dominio de determinado lugar pertenece automáticamente al Estado hispanoamericano que heredó o sucedió a la antigua división española en que se encontraba este lugar..."

Los modos de adquisición territorial ya vistos han evolucionado a través de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional, lo que ha hecho que algunos de ellos no tengan perfiles bien definidos. Por ejemplo, la necesidad de que una ocupación deba ser mantenida por un ejercicio continuo y pacífico de soberanía, asemeja mucho este modo de adquisición territorial a la prescripción adquisitiva.

RECLAMACIONES HISTÓRICAS

Hay controversias en que dos Estados pretenden soberanía *exclusiva* sobre determinado territorio (una isla, por ejemplo), pero ninguno de ellos está en condiciones de probar que la ha adquirido por alguno de los modos tradicionales. Sin embargo, cada uno de los Estados litigantes invoca una serie de actos o sucesos históricos como prueba de que el territorio le pertenece desde tiempo inmemorial. Por ejemplo, invoca actos de soberanía respecto del territorio disputado (percepción de impuestos, otorgamiento de concesiones, ejercicio de jurisdicción criminal); la aquiescencia de la otra parte en dichos actos y su protesta frente a actos de la parte adversa; mapas oficiales que indiquen que el territorio le pertenece, etc.

En presencia de estas reclamaciones, los tribunales internacionales tienden a "ponderar" los actos de cada parte, comparar el valor relativo de ellos y adjudicar el territorio al Estado litigante que haya fundado con sus actos una mejor pretensión sobre el mismo.

LAS REGIONES POLARES

El Artico está formado por mares helados que se desplazan con las corrientes. La Antártida, en cambio, es un continente cubierto por una espesa capa de hielo.

La naturaleza física de estas regiones ha hecho difícil aplicar en ellas los principios tradicionales sobre adquisición de soberanía territorial, particularmente el de la ocupación efectiva.

El Artico

Las áreas terrestres que rodean al Artico están divididas entre los Estados circundantes: Estados Unidos, Canadá, Islandia, Irlanda, Dinamarca, Noruega y Rusia.

Algunos de los Estados que circundan el Artico, como Canadá y Rusia, han formulado pretensiones de soberanía sobre la región ártica invocando la llamada "teoría de los sectores". Según esta teoría, los Estados que posean un litoral sobre el Océano Glacial Artico tienen soberanía sobre las tierras e islas situadas dentro de un triángulo esférico cuya base es el litoral contiguo del Estado, el vértice el Polo Norte y los lados los meridianos que pasan por los extremos oriental y occidental de ese litoral y convergen hacia el Polo Norte. Esta teoría no ha sido aceptada por otros Estados y no ha adquirido rango de regla de derecho internacional positivo. Las pretensiones de Canadá y de Rusia se basan más bien en la ocupación efectiva, adaptada a la naturaleza de la región ártica.

Las controversias que se suscitaron en otra época respecto de la soberanía sobre ciertas islas árticas pueden considerarse definitivamente resueltas por acuerdos entre los países interesados.

En tratados y acuerdos internacionales se han convenido reglas relativas a la navegación y a la protección ambiental del Artico.¹

La Antártida

Varios Estados han formulado reclamaciones de soberanía territorial en la Antártida invocando descubrimientos, la teoría de los sectores, actos administrativos, instalación de bases y los principios de la continuidad (o analogía geológica) y de la contigüidad o proximidad geográfica. Tales Estados son Argentina, Australia, Chile, Francia, Noruega, Nueva Zelanda y el Reino Unido. Los Estados Unidos no han

¹ Tullio Scovazzi, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLVI, p. 1216.

formulado reivindicaciones territoriales en la Antártida, pero tampoco reconocen las presentadas por otros países.

En 1955 Gran Bretaña recurrió ante la Corte Internacional de Justicia en contra de Chile y de Argentina solicitando al tribunal que reconociera la soberanía británica sobre vastas regiones antárticas y que declarara sin valor jurídico las pretensiones chilenas y argentinas sobre dichas regiones. Como ni Chile ni Argentina habían aceptado la competencia obligatoria de la Corte ni la aceptaron en la especie, la Corte se abstuvo de conocer el caso.

La Antártica Chilena

Chile reclama soberanía sobre el sector antártico constituido por los meridianos 53° y 90° de longitud oeste de Greenwich. Invoca títulos españoles coloniales, concesiones otorgadas en la región a comienzos de siglo, establecimientos balleneros en la región y las teorías de la continuidad y de la contigüidad.

El 6 de noviembre de 1940 el Presidente de Chile, don Pedro Aguirre Cerda, dictó el decreto supremo N° 1747 que fija los límites del territorio chileno antártico. Según dicho decreto:

"Forman la Antártica Chilena o Territorio Chileno Antártico, todas las tierras, islas, islotes, arrecifes, glaciares (pack-ice), y demás, conocidos y por conocerse, y el mar territorial respectivo, existentes dentro de los límites del casquete constituido por los meridianos 53° longitud oeste de Greenwich y 90° longitud oeste de Greenwich."

El decreto fue notificado a los gobiernos extranjeros. La República Argentina, que pretende soberanía entre los meridianos 25° y 74° de longitud oeste, y Gran Bretaña, que pretende soberanía entre los meridianos 20° y 80° de longitud oeste —pretensiones que se superponen en parte a las chilenas— formularon reservas de derechos al mencionado decreto.

En 1947 Chile estableció la primera base, llamada *Soberanía* (hoy *Arturo Prat*) en su sector antártico. En 1948, con ocasión de la visita a la Antártica del Presidente de Chile don Gabriel González Videla, se

estableció allí la base *Bernardo O'Higgins*. Posteriormente, se establecieron nuevas bases chilenas.

El Tratado Antártico

Una conferencia reunida en Washington en 1959 adoptó el Tratado Antártico. Sus principales disposiciones son las siguientes:

- La Antártida se utilizará exclusivamente para fines pacíficos. Quedan prohibidas toda explosión nuclear y la eliminación de desechos radiactivos en la región.
- Con el fin de promover la cooperación internacional en la investigación científica en la Antártida, las Partes acuerdan proceder al intercambio de proyectos, personal y resultados científicos.
- Representantes de las Partes Contratantes celebrarán reuniones consultivas para intercambiar observaciones, hacer recomendaciones a sus gobiernos, etc.
- No se harán nuevas reclamaciones de soberanía territorial en la Antártida ni se ampliarán las reclamaciones anteriores mientras el Tratado esté en vigencia.
- Después de expirados treinta años desde la entrada en vigencia del Tratado, podrá pedirse que se convoque a una conferencia para su revisión. Los treinta años se cumplieron el 23 de junio de 1991. Hasta hoy no se ha pedido que se convoque a tal conferencia.

Para promover los principios y fines del Tratado Antártico se han celebrado Reuniones Consultivas que han adoptado recomendaciones y convenciones relativas a la Antártida. En 1980 se adoptó en Canberra, Australia, una convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos. En 1991 se adoptó en Madrid el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, el cual prohíbe, durante cincuenta años, la explotación de recursos minerales en la Antártica, a la que declara "reserva natural consagrada a la paz y a la ciencia."

En estas controversias dos Estados discuten sobre el límite que separa sus respectivos territorios.¹

Estos diferendos se solucionan normalmente por medio de un tratado de límites. Este tratado constituye un título nuevo e indisputado para cada uno de los dos Estados sobre los territorios que respectivamente les asigna. El tratado de límites opera una verdadera novación con respecto a los títulos relativamente inciertos que cada parte invocaba con anterioridad. Un tratado de esta clase es el Tratado de Límites entre Chile y Argentina, de 1881, que fijó el "límite inmovible" entre los dos países.

También las partes en una controversia de límites pueden someterla a la decisión de un tribunal arbitral o judicial. La sentencia que el tribunal pronuncie establecerá el límite entre los dos Estados en la zona litigiosa basándose en los instrumentos jurídicos relevantes: un tratado de límites, un laudo anterior que haya suscitado dificultades de interpretación, etc.

Para ilustrar los litigios limítrofes examinaremos el caso de la *Isla de Palmas* y el del *Templo de Preah Vihear*.

El caso de la isla de Palmas (o Miangas)

En 1925 los Países Bajos y los Estados Unidos sometieron el caso de la Isla de Palmas al arbitraje del profesor suizo Max Huber para que éste decidiera a cuál de los dos países pertenecía la isla.

Los Estados Unidos sostuvieron ante el Arbitro que la isla les pertenecía porque, en virtud del Tratado de París de 1898, España les había cedido todos los derechos que pudiera haber tenido en la región indicada en el artículo III del Tratado, dentro del cual se hallaba situada la isla de Palmas. Ahora bien, según los Estados Unidos, a la fecha de la cesión (1898) la isla estaba bajo la soberanía de España en virtud de tres títulos: a) su descubrimiento por navegantes españoles, b) el Tratado de Münster de 1648, y c) la contigüidad de la isla a territorio

¹ Un estudio importante sobre este tema es el libro de Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale* (París: Presses Universitaires de France, 1997).

español. Habiendo España sido soberana de la isla al momento de la cesión, la había cedido legítimamente a los Estados Unidos.

Por su parte, los Países Bajos invocaron como título a su favor el ejercicio pacífico y continuo de autoridad estatal sobre la Isla de Palmas desde el siglo XVI, época en que había iniciado la celebración de convenciones de vasallaje con los príncipes nativos.

En su sentencia el Arbitro comenzó admitiendo que el punto esencial era determinar si a la fecha del Tratado de París la isla pertenecía a los Países Bajos o a España, porque era evidente que España no pudo haber transferido a los Estados Unidos en esa fecha más derechos que los que ella misma tenía sobre la isla.

¿Pertenece la isla a España en 1898?

El primer título español invocado por la defensa norteamericana era el *descubrimiento* de la isla por navegantes españoles. En el siglo XVI, época del descubrimiento —sostuvieron los Estados Unidos—, el mero descubrimiento de un territorio, es decir, el hecho de divisarlo no seguido de un acto de ocupación, constituía un título válido de adquisición de territorio.

El Arbitro no aceptó el título del descubrimiento. En su opinión, aun si se admitiera que el *mero* descubrimiento constituía un modo de adquisición territorial en el siglo XVI —y ello le merecía dudas—, no podía concluirse necesariamente que España conservaba en 1898 la soberanía adquirida por este medio. En efecto, en el siglo XIX el derecho internacional estableció el principio de que la ocupación debe ser efectiva y que el mero descubrimiento no constituye título perfecto. Por ello, aun si España hubiera adquirido soberanía sobre la isla por su mero descubrimiento, debió haber mantenido esta soberanía mediante la ocupación efectiva de la isla cuando el derecho internacional, en su evolución posterior, pasó a exigir este requisito. Ahora bien, los Estados Unidos no invocaban acto alguno de ocupación ni de ejercicio de soberanía por parte de España.

Descartado el título del descubrimiento, el Arbitro consideró los dos otros supuestos títulos españoles invocados por Estados Unidos: el Tratado de Münster de 1648 y la doctrina de la contigüidad.

El Tratado de Münster de 1648, entre España y los Países Bajos, había dispuesto que ambas partes "seguirán en posesión y gozarán de

los señoríos que tengan y posean". Era entonces necesario, según el Arbitro, que se probara que España "tenía y poseía" la isla de Palmas en 1648, lo que no se había demostrado.

En cuanto a la doctrina de la contigüidad, el Arbitro estimó que ella no formaba parte del derecho internacional positivo.

Desestimados los supuestos títulos españoles sobre la isla invocados por la defensa norteamericana, el Arbitro entró a ocuparse de los títulos y argumentos presentados por los Países Bajos. En su conjunto, ellos se fundaban en el ejercicio de soberanía continuo y pacífico sobre la isla de Palmas desde el siglo XVI en adelante.

El Arbitro estimó que los Países Bajos habían ejercido soberanía pacífica y continua sobre la isla desde 1700. Aunque en cierta época los actos no habían sido numerosos y presentaban lagunas en su continuidad, no se podía esperar que ellos fueran muy frecuentes y se remontan muy lejos en el tiempo, dado que se trataba de una isla pequeña y distante. En consecuencia, los Países Bajos habían cumplido con los requisitos para la adquisición de soberanía sobre la Isla de Palmas.

Pero el Arbitro no se detuvo aquí y se puso en el caso de que la prueba rendida por los Países Bajos no hubiera bastado para establecer su ejercicio continuo y pacífico de soberanía sobre la isla. En este caso, dijo el Arbitro, si ninguna de las partes estuviera en situación de probar un título perfecto, la decisión tendría que comparar el "peso relativo" de los títulos invocados por cada una de las dos partes. Ahora bien, los actos realizados por los Países Bajos constituían, según el Arbitro, un título basado en ejercicio de autoridad estatal, que debía prevalecer sobre un título basado en el descubrimiento.

Por estas razones el árbitro decidió que la isla de Palmas formaba parte, en su totalidad, del territorio de los Países Bajos. /

El caso del Templo de Preah Vihear

El Templo de Preah Vihear es un antiguo santuario y lugar de culto situado en la región fronteriza entre Tailandia (antes Siam) y Camboya.

Hasta su independencia en 1953 Camboya era parte de la Indochina francesa y sus relaciones exteriores eran conducidas por Francia, Potencia protectora. Una convención celebrada en 1904 entre Francia

y Siam, estableció como límite entre Camboya y Siam, en la región del Templo, la línea divisoria de las aguas. La misma convención dispuso también que una Comisión Mixta procedería a demarcar la frontera. La demarcación fue debidamente realizada.

El Gobierno de Siam pidió a oficiales topógrafos franceses que confeccionaran los mapas de la región fronteriza. Los mapas, incluyendo uno de la región de Preah Vihear, fueron confeccionados, impresos y dados a la publicidad en 1908. En el mapa de la región del Templo aparecía trazada una línea fronteriza que se presentaba como resultado de los trabajos de demarcación y que pretendía ser la línea divisoria de las aguas convenida como límite para esta región en la Convención de 1904. La línea trazada en el mapa dejaba el Templo en territorio de Camboya. Aparentemente, Siam no advirtió que, por error, el trazado del límite en el mapa del Templo no correspondía a la línea divisoria de las aguas convenida en 1904, y que, por efecto de este error, el mapa dejaba el Templo en Camboya y no en Siam.

Todos los mapas fueron comunicados al Gobierno de Siam, el cual agradeció el envío y solicitó más ejemplares. Ni entonces ni más tarde Siam formuló objeciones al mapa de la región del Templo, a pesar de que entre 1934 y 1935 efectuó sus propios levantamientos de la región y descubrió el error cartográfico. Más aún, en 1930 el Príncipe siamés Damrong realizó una visita semioficial al Templo, siendo recibido por autoridades francesas mientras ondeaba el tricolor de Francia. Siam no reaccionó, como debía haberlo hecho. Solamente en 1958 Tailandia formuló objeciones al mapa del Templo.

El litigio que surgió entre Camboya y Tailandia fue sometido a la Corte Internacional de Justicia.

En su sentencia la Corte estimó que la falta de objeción de Tailandia al mapa del Templo, dentro de un período razonable, equivalía a su aquiescencia y reconocimiento de la línea trazada en el mapa aunque dicha línea no correspondiera a la convenida en 1904. La aceptación del mapa por ambos Estados había incorporado dicho mapa al arreglo convencional, del que había pasado a ser parte integrante.

La Corte agregó que aun si hubiera tenido dudas sobre la aceptación por Tailandia en 1908 del mapa del Templo y del límite en él indicado —y la Corte no las tenía— dicho país, por su conducta posterior a 1908, no podía ahora sostener que no lo había aceptado.

La Corte resolvió, pues, que el Templo de Preah Vihear estaba situado en territorio camboyano. El Juez australiano Sir Percy Spender agregó a la sentencia una vigorosa opinión disidente.

Una de las consideraciones generales que la Corte tuvo presente al decidir el caso fue enunciada en los siguientes términos:

"En general, cuando dos países establecen una frontera entre ellos, uno de los principales objetivos es alcanzar una solución estable y definitiva. Esto sería imposible si la línea así establecida pudiera ser objetada, en cualquier momento, sobre la base de un procedimiento permanentemente disponible, y si la rectificación pudiera ser solicitada cada vez que se descubriera una inexactitud en relación a una cláusula del tratado de base. Tal procedimiento podría continuar indefinidamente y no se alcanzaría una solución definitiva mientras subsistiera la posibilidad de descubrir errores. La frontera, lejos de ser estable, sería completamente precaria."¹

¹ Reports 1962 (fondo), p. 34.

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL



EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD

La existencia misma de un orden jurídico internacional requiere que sus destinatarios –los Estados– *respondan* del incumplimiento de los deberes que dicho orden les impone.

Es, por lo tanto, un principio fundamental de derecho internacional que todo acto o comportamiento de un Estado contrario a sus obligaciones internacionales (hecho ilícito) hace incurrir a dicho Estado en responsabilidad y lo obliga a reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de tal hecho. Este principio constituye un complemento indispensable del orden jurídico internacional, ya que su negación suprimiría el deber de los Estados de comportarse según las normas de este orden.

La jurisprudencia internacional ha afirmado repetidamente el principio de la responsabilidad. Por ejemplo, en el caso de la *Usina de Chorzow*, la Corte Permanente de Justicia Internacional expresó:

"La Corte comprueba que es un principio de derecho internacional, incluso una concepción general de derecho, que toda violación de una obligación internacional trae consigo la obligación de reparar."²

¹ A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 6ª ed. (1980), p. 353.

² Series A. N° 17, p. 29.

Las normas relativas a la responsabilidad de los Estados son de carácter consuetudinario y desde fines del siglo XIX han dado lugar a una importante jurisprudencia. La tentativa de la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 para codificar algunos aspectos de la responsabilidad no tuvo éxito. Actualmente la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas realiza trabajos de codificación en este campo.

En el presente capítulo nos limitaremos a estudiar la responsabilidad de los Estados. Sin embargo, hay que tener presente que los Estados no son los únicos sujetos activos y pasivos de responsabilidad internacional. Las Naciones Unidas, por ejemplo, pueden incurrir en responsabilidad internacional hacia un Estado y viceversa. También se admite que los autores de crímenes internacionales, como el genocidio, son *personalmente* responsables de tales crímenes, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda al Estado en cuyo nombre se hayan perpetrado.

ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO

El hecho generador de responsabilidad es un hecho internacionalmente ilícito de un Estado. Este hecho puede estar dirigido en contra de otro Estado en cuanto tal; por ejemplo, se violan sus fronteras, se ofende su bandera, se detiene a uno de sus diplomáticos. También el acto ilícito puede estar dirigido en contra de un ciudadano extranjero: se le ha hecho víctima de tratos vejatorios, se le han confiscado sus propiedades, etc.

Los elementos del hecho internacionalmente ilícito de un Estado son los siguientes:

- a) una acción u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional, y
- b) que esa acción u omisión constituya una violación de una obligación internacional del Estado.

Los estudiaremos separadamente.

① Acto u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional (hecho del Estado)

El derecho internacional atribuye al Estado el comportamiento (acción u omisión) de todo órgano del Estado que tenga la calidad de tal según su derecho interno, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad.

La atribución del hecho al Estado no depende de la posición superior o subordinada que tenga el órgano o agente en el marco de la organización del Estado. Son atribuibles al Estado no sólo los comportamientos de funcionarios o agentes subalternos (oficiales de policía, funcionarios de aduana, etc.) sino también los comportamientos de los órganos superiores del Estado, como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

El comportamiento de un órgano o funcionario del Estado que haya actuado al amparo de su carácter oficial se considera hecho del Estado aunque el órgano haya excedido los límites de su competencia con arreglo al derecho interno o haya contravenido las instrucciones concernientes a su actividad. Así, por ejemplo, si un funcionario de policía que está encargado de una investigación practica un registro en la sede de una misión diplomática sin autorización de ésta, estamos en presencia de un acto atribuible al Estado, aunque el derecho de ese Estado consagre el principio de la inviolabilidad de las sedes diplomáticas y el agente policial haya actuado en contravención a este principio. No es atribuible al Estado un comportamiento del órgano o agente que sea manifiestamente ajeno a sus funciones, como lo sería el daño ocasionado por el agente a un diplomático durante una reyerta privada.

Un Estado federal es responsable de los actos ilícitos cometidos por los Estados miembros y no puede invocar la distribución de sus competencias constitucionales para eximirse de responsabilidad. Según la fórmula célebre de la sentencia dictada por un tribunal arbitral en el caso Montijo, entre Colombia y los Estados Unidos (1875), un Estado federal no puede sustraerse a la aplicación del derecho internacional invocando la insuficiencia de su derecho interno; es el derecho interno el que, en este caso, debe ser adaptado al derecho internacional, no el derecho internacional al derecho interno.

- Actos de particulares

Los actos realizados por simples particulares (no) son atribuibles al Estado. La razón de este principio es que no puede imponerse a un Estado la obligación de impedir en forma absoluta que las personas que se encuentran en su territorio cometan actos lesivos en contra de Estados, representantes o ciudadanos extranjeros. El Estado sólo tiene el deber de adoptar todas las medidas razonables y oportunas para que tales actos no ocurran y, en el caso de que se produzcan, para perseguir, detener y sancionar a sus autores y asegurar la reparación a las víctimas.

El acto individual no es en sí mismo fuente directa de responsabilidad para un Estado. La responsabilidad del Estado deriva de la infracción de sus propios deberes de prevención y de represión.

Las medidas que un Estado debe tomar en cumplimiento de su deber de prevención son variadas y dependen de las circunstancias. Por ejemplo, si un Jefe de Estado extranjero realiza una visita oficial al país, las autoridades deben adoptar medidas especiales de vigilancia y protección; en caso de manifestaciones locales en contra de embajadas extranjeras, se deben tomar todas las medidas necesarias para proteger la inviolabilidad de la misión y de su personal.

2. Que el acto u omisión constituya una violación de una obligación internacional del Estado (carácter ilícito del acto u omisión)

No es necesario que la obligación cuya violación representa el elemento constitutivo del hecho ilícito derive de una norma, en el sentido propio del término; la obligación puede derivar de un acto jurídico particular de una sentencia judicial o arbitral, de la decisión obligatoria de una organización internacional o de la promesa unilateral de un Estado.

Es indiferente para el derecho internacional que el acto u omisión sea lícito de acuerdo con la legislación nacional del Estado que lo realiza. Lo jurídicamente relevante en el plano internacional es su calificación -legal o ilegal- según el derecho internacional y no según el derecho nacional.

Una cosa es, pues, la conformidad de un acto al derecho interno y otra diferente su conformidad al derecho internacional. Lo que constituye una violación del derecho internacional puede ser lícito en el derecho interno, y lo que es ilícito en el derecho interno puede no constituir violación de una norma internacional.¹

* 3. ¿La existencia de un daño?

Varios autores y sentencias arbitrales sostienen que para que un Estado incurra en responsabilidad internacional respecto de otro Estado es necesario, además de los requisitos mencionados, que el hecho ilícito haya causado un daño identificable y preciso, sea de carácter material o moral.

Según otros autores y el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la sola infracción de una obligación internacional por un Estado, aunque no haya ocasionado un daño material o moral, comprometería la responsabilidad internacional de ese Estado. Así, por ejemplo, si un Estado que es parte en un tratado sobre protección de los derechos humanos infringe el tratado en la persona de uno de sus propios nacionales, incurriría en responsabilidad respecto de los demás Estados contratantes aunque ni éstos ni alguno de sus nacionales hayan sufrido un daño material o moral como consecuencia de la infracción del tratado.

CRÍMENES INTERNACIONALES

La violación de una obligación internacional constituye un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere la obligación infringida.

Sin embargo, en el derecho internacional contemporáneo se está consolidando una tendencia a establecer una categoría especial de actos internacionalmente ilícitos: los llamados crímenes internacionales.

Según la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el crimen internacional resultaría de "una violación por un

¹ Corte Internacional de Justicia en el caso *Electrónica Sicula, S. p. A (ELSI)*, entre Estados Unidos e Italia. *Reports* 1989, p. 40.

Estado de una obligación internacional tan esencial para los intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está considerada como crimen por esa comunidad en su conjunto". La Comisión considera que, según el derecho internacional en vigor, son crímenes internacionales, entre otros: la agresión; el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial; la esclavitud, el genocidio, el *apartheid* y la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.

Las obligaciones infringidas por los crímenes internacionales serían obligaciones *erga omnes*, hacia todos los Estados de la comunidad internacional, de manera que cualquiera de ellos podría exigir su cumplimiento.

Por su especial repugnancia a la conciencia jurídica de la humanidad, el crimen internacional estaría sometido a un régimen de responsabilidad particularmente severo: todo Estado podría hacer efectiva la responsabilidad internacional incurrida por el país infractor y la reparación por el crimen internacional podría ir acompañada de sanciones contra el Estado responsable.

Los hechos internacionalmente ilícitos que no tuvieran carácter de crímenes internacionales serían delitos internacionales, regidos por las reglas generales sobre responsabilidad internacional.

El régimen de responsabilidad por los crímenes internacionales está aún muy en ciernes, y es de presumir que será muy difícil el acuerdo de los Estados respecto de su definición, efectos jurídicos y formas de sanción.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ACTOS NO PROHIBIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL

En algunas convenciones internacionales los Estados partes han aceptado la responsabilidad por consecuencias derivadas de ciertas actividades que son lícitas pero ultrapeligrosas (*ultra-hazardous activities*), como las actividades espaciales y nucleares.

Esta responsabilidad, llamada objetiva o por el riesgo creado, no surge de un hecho ilícito internacional sino de un hecho que si bien es lícito crea riesgos graves.

Un ejemplo de responsabilidad objetiva lo tenemos en el artículo 2º del Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales:

"Un Estado de lanzamiento tendrá la responsabilidad absoluta y responderá de los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo."

La responsabilidad del Estado de lanzamiento es absoluta. Existe en todo caso. No es necesario que la víctima pruebe una negligencia o culpa de dicho Estado.

La responsabilidad objetiva no se aplica sino en los casos estipulados por tratado y en las condiciones acordadas en el mismo.

DENEGACIÓN DE JUSTICIA

La expresión "denegación de justicia" ha sido empleada, a veces, para designar todo hecho ilícito cometido contra un extranjero, cualquiera que sea la autoridad de que provenga. Sin embargo, no es éste su significado técnico.

Por denegación de justicia deben entenderse aquellos actos u omisiones relacionados con la administración de justicia que comprometen la responsabilidad del Estado. Estos actos u omisiones provienen principalmente de los tribunales del Estado, pero a veces también de otras autoridades relacionadas con lo que, de manera amplia, llamamos "administración de justicia".

No es posible enumerar todos los actos u omisiones que constituyen "denegación de justicia", pero como ejemplos podemos mencionar la negativa injustificada a admitir la comparecencia ante los tribunales; el abuso flagrante por un tribunal de sus propias reglas de procedimiento; la dictación de una sentencia que ningún tribunal probo e idóneo hubiera pronunciado; los impedimentos puestos por otras autoridades al acceso a los tribunales o al cumplimiento de las sentencias; las detenciones arbitrarias y prolongadas; las ejecuciones sin juicio.

denegación → por mala fe.
Debe tenerse presente que no toda sentencia errónea o injusta constituye "denegación de justicia" y compromete la responsabilidad del Estado. para que ello ocurra es necesario que haya habido mala fe, fraude, parcialidad u otras circunstancias que revelen una torcida administración de justicia o una infracción grave de los principios elementales del procedimiento judicial. No se puede pedir infalibilidad a los tribunales, pero sí puede exigírseles que respeten los principios elementales reconocidos por las naciones civilizadas para la administración de justicia.

Se admite generalmente que hay dos casos en que una decisión interna, aun si ha sido pronunciada con absoluta buena fe por un tribunal honesto y competente, compromete la responsabilidad internacional del Estado:

- a) si el tribunal aplica una ley interna que es contraria al derecho internacional, o
- b) si el tribunal pronuncia una sentencia que es absolutamente incompatible con las obligaciones internacionales del Estado. Por ejemplo, el tribunal no reconoce a un agente diplomático las inmunidades establecidas en su favor por el derecho internacional. En tal caso "ha habido infracción del derecho internacional y la infracción no deja de ser tal porque haya sido cometida de buena fe."¹

CIRCUNSTANCIAS QUE EXCLUYEN LA ILEGITIMIDAD

Normalmente un acto es ilícito cuando es contrario a las obligaciones internacionales de un Estado. Sin embargo, hay ciertas circunstancias que excluyen la ilegitimidad de un acto que en principio es ilícito y que, por lo tanto, eximen de responsabilidad internacional al Estado que lo realiza.

Estas circunstancias son las siguientes:

¹ G.G. Fitzmaurice, "The Meaning of the Term 'Denial of Justice', en *British Year Book of International Law* 1932, p. 11.

Las represalias o contra-medidas

La represalia es un acto ilícito realizado por un Estado en contra de otro Estado y que encuentra su justificación excepcional en el hecho de que responde a un acto ilícito cometido previamente por el Estado contra el cual se dirige. Las represalias tienden a poner término a una lesión jurídica, a obtener reparación por ella o a prevenir una nueva.

A diferencia del derecho internacional, el derecho interno no admite las represalias en caso de que una persona haya sido víctima de un ataque que ya ha terminado no puede hacerse justicia por sí misma y debe buscar reparación en los tribunales de justicia. En el ámbito internacional, en que no hay un sistema judicial y coercitivo orgánico, los Estados pueden reaccionar por sí mismos ante la violación de sus derechos, pero dentro de los límites que el derecho internacional les impone.

La legitimidad de las represalias o contra-medidas requiere de las siguientes condiciones:

- a) el Estado ofendido debe haber invitado al Estado autor del hecho ilícito a poner fin a la infracción y a hacer reparación, sin conseguirlo;
- b) la represalia debe ser proporcional a la gravedad del hecho ilícito al cual responde;
- c) la represalia no debe implicar el empleo de la fuerza armada. Las represalias armadas en tiempo de paz son ilícitas. No están, pues, permitidos actos tales como la invasión de territorio o el bombardeo de una ciudad, pero sí actos tales como el incumplimiento de un tratado infringido por la otra parte o la "congelación" de bienes del país infractor; y
- d) las represalias no deben violar las reglas relativas a la protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Así, en ningún caso una violación de la Convención de Genocidio, por una de las Partes puede servir de excusa a otra violación de ella por otra de las Partes.

La unilateralidad que caracteriza a las represalias presenta el riesgo de desatar reacciones en cadena. Como lo expresara la sentencia arbitral

en el caso del Acuerdo Relativo a los Servicios Aéreos, entre Estados Unidos y Francia:

"Es evidente que el recurso a las contra-medidas presenta el grave riesgo de que, a su vez, ellas engendren una réplica, provocando así una escalada generadora de una agravación del conflicto. Las contramedidas deberían, pues, ser una apuesta sobre la cordura y no sobre la debilidad de la otra parte. Ellas deberían ser manejadas con espíritu de moderación y acompañadas de un esfuerzo real para solucionar el conflicto."¹

Las represalias no deben confundirse con las retorsiones, que son actos inamistosos pero lícitos con los que se responde a actos de igual naturaleza o a actos ilícitos de otro Estado. Ejemplos: el aumento de derechos aduaneros, la restricción a la inmigración de nacionales de otro Estado.

La legítima defensa

La ilicitud de un hecho queda excluida si constituye una medida de legítima defensa.

El derecho de legítima defensa (*self-defense*) es aquel que tiene un Estado para rechazar por la fuerza un ataque armado en su contra. Las condiciones de su procedencia y ejercicio serán estudiadas al tratar el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (Capítulo XXI).

La fuerza mayor

La fuerza mayor es un obstáculo irresistible resultante de circunstancias externas que impiden ejecutar una obligación jurídica. Es la imposibilidad de actuar de otra forma que la contraria a derecho. Como lo declaró un tribunal arbitral en el caso del *Rainbow Warrior*, debe tratarse de una imposibilidad absoluta y material y no de circunstancias que sólo hagan más difícil y gravoso el cumplimiento de la obligación.

¹ *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVIII, p. 484.

El consentimiento del Estado perjudicado

También puede este consentimiento eliminar la ilicitud del hecho. Así, por ejemplo, dos Estados limítrofes pueden convenir que sus respectivas policías crucen la frontera para perseguir a delincuentes que huyan a través de ella.

El estado de necesidad

El derecho internacional consuetudinario reconoce que el estado de necesidad constituye una causal que excluye la ilicitud de un hecho que no esté conforme con una obligación internacional.

El estado de necesidad no puede ser invocado a menos que se reúnan cumulativamente ciertas condiciones estrictamente definidas:

Cuando se puede ser invocado:

- que el hecho no haya constituido el único medio de salvaguardar un interés esencial del Estado contra un peligro grave inminente; y
- que este hecho no atente gravemente contra un interés esencial del Estado respecto del cual la obligación existe.

En todo caso, el estado de necesidad no puede ser invocado por un Estado como causa de exclusión de ilicitud en los siguientes casos:

- si la obligación internacional respecto de la cual el acto del Estado no está conforme deriva de una norma imperativa de derecho internacional general; o
- si la obligación internacional respecto de la cual el acto del Estado no está conforme está contemplada en un tratado que, explícita o implícitamente, excluya la posibilidad de invocar el estado de necesidad en lo que respecta a esta obligación; o
- si el Estado en cuestión ha contribuido a que ocurra el estado de necesidad.

¹ Corte Internacional de Justicia en el caso del *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungría / Eslovaquia). *Reports* 1997, ps. 39-40. La Corte hace suyas las condiciones y limitaciones establecidas por la Comisión de Derecho Internacional.

En todo caso, el Estado que invoca el estado necesidad en un caso determinado no es el único juez de que se encuentren reunidas las condiciones que lo hacen procedente.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL HECHO ILÍCITO

Se ha ya señalado que del hecho internacionalmente ilícito nace una relación jurídica que se traduce, en términos generales, en el deber de reparar el daño causado y en el derecho correlativo de exigir la reparación. El deber incumbe al Estado al cual es atribuible el hecho; el derecho pertenece al Estado que puede exigir el cumplimiento del deber infringido por dicho hecho ilícito.

El principio esencial sobre la reparación fue enunciado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en los siguientes términos:

"El principio esencial que deriva de la noción misma de acto ilícito y que parece desprenderse de la práctica de los tribunales arbitrales es que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el estado de cosas que verosímilmente hubiera existido si dicho acto no hubiera sido cometido. Restitución en especie o, si no es posible, pago de una suma correspondiente al valor que tendría la restitución en especie."¹

La compensación tiene carácter compensatorio y no represivo. Tiene por objeto restablecer la situación que existía antes del hecho ilícito y no castigar al Estado ofensor.

LA CESACIÓN DEL ACTO ILÍCITO

El derecho internacional moderno tiende a distinguir entre la cesación del acto ilícito y la reparación. La cesación del acto ilícito es una obligación autónoma que precede a la reparación de los daños producidos. Ella es sólo aplicable a los actos ilícitos continuos. Ejemplos de

¹ Caso de la Usina de Chorzów (indemnización, fondo). Series A, N° 7, p. 47.

(1) Cese → (2) Reparación
cesación serían liberar a un diplomático detenido o poner fin a una fuente de contaminación.

LAS FORMAS DE LA REPARACIÓN

La práctica internacional permite distinguir tres formas de reparación: la satisfacción, el restablecimiento de la situación anterior y la indemnización de daños y perjuicios.

① La satisfacción (REPARA PERJUICIO MORAL)

La satisfacción tiende a reparar un perjuicio inmaterial o moral sufrido por un Estado, el daño causado a su honor y a su dignidad. Ejemplos de satisfacción son la presentación solemne de excusas oficiales, los honores a la bandera del Estado ofendido, el pago de una suma simbólica y la declaración formal en una sentencia de que un Estado violó el derecho internacional.

En el caso del *Rainbow Warrior* el tribunal arbitral, después de comprobar que Francia había violado ciertas obligaciones hacia Nueva Zelanda, expresó que la declaración en la sentencia de esta circunstancia constituía satisfacción adecuada por los daños legales y morales causados a Nueva Zelanda. También el tribunal recomendó a ambos países que constituyeran un fondo destinado a promover relaciones estrechas y amistosas entre sus respectivos ciudadanos, y que el Gobierno de Francia contribuyera inicialmente a este fondo con dos millones de dólares. Esta última forma de reparación ha sido llamada "reparación constructiva".¹

② Restablecimiento de la situación anterior (restitución in integrum)

Consiste en restablecer el estado de cosas que verosímilmente existiría si el acto ilícito no se hubiera cometido. Ejemplos: la restitución de una

¹ Cristian Dominicé, "De la réparation constructive du préjudice inmatériel souffert par un Etat", en *El Derecho Internacional en un Mundo en Transformación. Liber Amicorum en Homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga*, vol. I, p. 506 y ss.

propiedad confiscada o de un navío ilegalmente capturado, la devolución de documentos incautados.

A veces el acto ilícito resulta de un acto interno (ley, sentencia, acto administrativo) que el Estado infractor no está en condiciones de derogar o anular. En estos casos, sin derogar el acto interno, el Estado infractor puede ofrecer otra forma de reparación al Estado ofendido.

③ Indemnización de daños y perjuicios

Si no es posible o suficiente el restablecimiento de la situación anterior al hecho ilícito, el Estado responsable debe indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por dicho hecho. La determinación de la indemnización se rige por los principios generales de derecho. Deben indemnizarse todos los perjuicios que son consecuencia normal del hecho ilícito, incluso el *lucro cesante*, es decir, la pérdida de un beneficio que hubiera sido de esperar según el curso ordinario de las cosas.

No se indemnizan los daños muy especulativos ni los daños eventuales o indeterminados.

El derecho internacional no ha aceptado la imposición de indemnizaciones de carácter disuasivo o punitivo (*punitive or exemplary damages*).

La indemnización se reduce proporcionalmente cuando el perjudicado tiene parte de culpa o cuando del hecho ilícito hubieren resultado para él ciertas ventajas.

Las diversas formas de reparación pueden ser concurrentes. Así, por ejemplo, si el acto ilícito ha consistido en vejámenes inferidos a un extranjero, pueden ser procedentes tanto la presentación de excusas al Estado del cual es nacional la persona ofendida como la indemnización de perjuicios en favor de esta última.

MODOS DE HACER EFECTIVAS LAS RECLAMACIONES

Un hecho internacionalmente ilícito puede haber sido cometido *directamente* en contra de un Estado como tal. Por ejemplo, se ha infringido su soberanía territorial, se ha hundido uno de sus buques. En

este caso, el Estado agraviado puede presentar una reclamación directa en contra del país infractor. En cambio, si el hecho ilícito ha sido dirigido en contra de un ciudadano extranjero para hacer efectiva la responsabilidad es necesario que el Estado del cual es nacional la persona agraviada preste a ésta *amparo diplomático*. El amparo diplomático es la acción de un Estado ante otro Estado para reclamar el respeto del derecho internacional en la persona de uno de sus nacionales. Mediante el amparo, el Estado reclamante eleva a la categoría de diferendo internacional —entre Estados— lo que, en su origen, era una divergencia entre el Estado agraviante y el particular extranjero. El amparo diplomático será tratado más ampliamente al estudiar la situación jurídica de los extranjeros (Capítulo XIII).

RETARDO EN PRESENTAR RECLAMACIONES

La jurisprudencia internacional admite que el retardo de un Estado en presentar una reclamación internacional puede dar lugar a que se la considere *inadmisible*.

Como el derecho internacional no fija a este respecto un plazo determinado, corresponderá al tribunal ante el cual se ha presentado una reclamación decidir, a la luz de las circunstancias del caso particular, si el transcurso del tiempo ha hecho que la reclamación sea *inadmisible*. Así lo ha declarado la Corte Internacional de Justicia.¹

¹ Caso relativo a las *Tierras de Fosfatos en Nauru* (excepción preliminar), *Reports* 1992, p. 254.

PRINCIPIOS BASICOS DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Existen en derecho internacional ciertos principios fundamentales que rigen las relaciones entre los Estados. Por la importancia que revisten podrían llamarse "principios constitucionales" de la comunidad internacional. Ellos fueron enunciados por 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", adoptada en 1970 por la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General.

Los más importantes de estos principios básicos son los siguientes:

LA PROHIBICIÓN DE LA AMENAZA Y DEL USO DE LA FUERZA

Hasta la Primera Guerra Mundial el derecho internacional no prohibía el recurso a la fuerza como medio de política nacional; los Estados se arrogaban el derecho de recurrir a la guerra cuando lo estimaban conveniente.

Al término de la Primera Guerra Mundial se inicia una tendencia a limitar el uso a la fuerza. El Pacto de la Sociedad de las Naciones prohibió el recurso a la fuerza en varios casos estrictamente definidos, y en el Pacto Briand-Kellog los países contratantes condenaron el recurso a la guerra para la solución de sus controversias internacionales y renunciaron a ella como instrumento de política nacional.

Pero fue la Carta de las Naciones Unidas la que estableció, en su artículo 2, párrafo 4, una prohibición general del uso de la fuerza:

"Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas."

La disposición transcrita emplea la expresión "amenaza y uso de la fuerza", no el término tradicional "guerra". El cambio es deliberado y tiene por fin extender la prohibición a toda amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales, sea o no guerra en el sentido estricto de este término.

La prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales no sólo tiene carácter convencional. Es también parte del derecho internacional consuetudinario. El principio prohíbe a un Estado la amenaza o el uso de la fuerza armada en contra de cualquier otro Estado para violar una frontera internacional, imponer una solución a un diferendo internacional, realizar una represalia armada, prestar ayuda a fuerzas irregulares para que ejecuten incursiones armadas en el territorio de otro Estado, etc.

Una excepción importante a la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales es el derecho de *legítima defensa*. En virtud del cual un Estado puede rechazar por la fuerza un ataque armado en su contra.

El uso de la fuerza en las relaciones internacionales será estudiado en el capítulo XXI.

EL RESPETO DE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

Todo Estado tiene derecho al respeto de su soberanía territorial. Este principio está comprendido parcialmente en el de la prohibición del uso de la fuerza y en el de no intervención.

En aplicación del principio en estudio, los Estados están obligados a abstenerse de realizar actos de soberanía o poder público, particular-

mente actos coercitivos, dentro del territorio de otro Estado sin el consentimiento de este último.

Son, por ejemplo, actos contrarios a la soberanía territorial de un Estado los siguientes: la invasión armada de su territorio por tropas extranjeras; la violación de su espacio aéreo por aviones militares extranjeros; el ejercicio por agentes de otro Estado de actos de autoridad o poder público, como notificaciones judiciales, arrestos y embargos; y el rapto de una persona por agentes secretos de un país extranjero.

La Corte Internacional de Justicia aplicó este principio en su sentencia dictada en el caso del *Estrecho de Corfú (1949)* al pronunciarse sobre la llamada "*Operation Retail*". Esta última consistió en la limpieza de minas submarinas realizada por fuerzas navales inglesas en aguas territoriales albanesas del Estrecho de Corfú, después que buques ingleses chocaran con algunas minas en dichas aguas, con pérdida de vidas y daños materiales. La acción inglesa, realizada contra la voluntad del Gobierno de Albania, tuvo por objeto procurarse "pruebas del delito". La Corte no admitió la legalidad de la "*Operation Retail*". "Entre Estados independientes —expresó la Corte— el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales."¹

EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN

El principio de no intervención prohíbe a todo Estado intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro Estado.

Este principio prohíbe no sólo la intervención armada sino también cualesquiera otras formas de injerencia o de amenaza —como las presiones de índole política o económica— tendientes a coaccionar la voluntad soberana de otro Estado. Está también prohibido a los Estados apoyar o tolerar actividades armadas subversivas o terroristas tendientes a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado.

¹ Reports 1949 (Reparación), p. 35.

*See name
Villalobos*

La intervención, cualquiera que sea la forma que revista, constituye una violación del derecho internacional. Ella es contraria al deber de respetar la independencia política de los Estados.

La Corte Internacional de Justicia ha declarado que, aunque no sean escasas las infracciones al principio de no intervención, este principio forma parte del derecho internacional consuetudinario.

No hay que confundir las intervenciones con las meras intercesiones, tales como ofrecer una mediación o hacer sugerencias amistosas. Las intercesiones no tienen carácter coercitivo y no son, por lo tanto, actos internacionalmente ilícitos.

LA IGUALDAD JURÍDICA DE LOS ESTADOS

Muchos autores y varios instrumentos internacionales enuncian como principio de derecho internacional el de la igualdad jurídica de los Estados. Sin embargo, no hay acuerdo sobre las consecuencias que derivarían de este principio.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos proclama el principio de la igualdad jurídica en los términos siguientes:

"Los Estados son jurídicamente iguales: disfrutan de iguales derechos, e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes. 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."

Dos son las consecuencias que la disposición citada hace derivar del principio en estudio: a) que todos los Estados tienen los mismos derechos y deberes, y b) que el goce y ejercicio por todo Estado de estos derechos no deben depender de su poder sino de su sola existencia como Estado.

¹ Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (fondo). Reports 1986, p. 106.

La primera afirmación –igualdad de derechos y deberes– sólo puede ser cierta respecto del derecho internacional común o general, no respecto del derecho convencional. En efecto, las reglas del derecho internacional común o general se aplican por definición a todos los Estados por igual; pero el derecho convencional, contenido en los tratados, crea reglas o regímenes jurídicos que sólo se aplican a los Estados contratantes, no a terceros Estados.

La segunda afirmación es cierta, aunque evidente. Los derechos de todos los Estados, cualquiera que sea su poder, deben ser respetados en su goce y ejercicio, y la debilidad relativa de un Estado no constituye excusa para desconocer o infringir sus derechos.

La igualdad no significa que el derecho internacional no establezca diferencias para ciertos efectos entre categorías de Estados. Así, no todos los Estados tienen el mismo número de votos en órganos de ciertas organizaciones internacionales ni contribuyen en la misma proporción al presupuesto de las Naciones Unidas; el nuevo orden económico internacional reclama un régimen más favorable para los países en vías de desarrollo. Esas diferencias parecen justas o convenientes porque, como dijo el gran juez norteamericano Felix Frankfurter, "no hay mayor desigualdad que la igualdad de los desiguales."¹ Lo que el principio de la igualdad realmente postula es que las normas jurídicas no establezcan distinciones entre sus sujetos sobre bases arbitrarias o injustas.

LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE LAS CONTROVERSIAS

Un principio de derecho internacional, complementario del que prohíbe el uso de la fuerza, es aquel según el cual las partes en una controversia, y en particular en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, deben tratar de solucionarla por medios pacíficos.

¹ *The Zeitgeist and the Judiciary. Law and Politics* (1942), p. 6.

Consagrado por el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, este principio tiene el carácter de regla de derecho internacional consuetudinario.¹

La Carta enumera en el artículo 33 varios medios de arreglo pacífico: la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial y el recurso a organismos o acuerdos regionales. Corresponde a los Estados partes en un diferendo convenir el medio adecuado para solucionarlo. En todo caso, la elección de un determinado medio de arreglo depende de la voluntad de las partes.

Los Estados han celebrado tratados para la solución pacífica de las controversias que surjan entre ellos. Un ejemplo es el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, de 1948 (Pacto de Bogotá).

El Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina contempla un detallado sistema para la solución de todas las controversias entre ambos países.

EL CUMPLIMIENTO DE BUENA FE DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

El principio de la buena fe es parte del derecho internacional contemporáneo. Es deber esencial de todo Estado cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, ya sea que dichas obligaciones emanen de los tratados en los cuales es parte o de las normas del derecho internacional común. En particular, según el principio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga), todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). /

¹ Corte Internacional de Justicia, en el caso relativo a las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (fondo), *Reports* 1986, p. 145.

En el caso de los *Ensayos Nucleares*, la Corte Internacional de Justicia expresó:

LA NACIONALIDAD

"Uno de los principios básicos que rigen la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas, sea cual sea su fuente, es el de la buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional, especialmente en una época en que esta cooperación es cada vez más indispensable."¹

EL RESPETO DEL HONOR DE LOS ESTADOS

El derecho internacional impone a todo Estado el deber de respetar el honor y la dignidad de los demás Estados. Al efecto, no puede permitir que sus órganos insulten o denigren a un Estado, gobierno o pueblo extranjero, ni que afrente sus símbolos nacionales (banderas, escudos, uniformes, etc.).

También un Estado tiene la obligación de tratar de impedir y de sancionar los actos cometidos por simples particulares dentro de su territorio en contra del honor y la dignidad de otro Estado. Sin embargo, este deber no lo obliga a sancionar aquellos actos que no tienen caracteres de delito ni exceden el ejercicio de una libertad bien entendida. En caso de ataques de prensa que no constituyan delito en contra de un gobierno extranjero, cometidos por personas u órganos privados, el Gobierno local se limita a declarar que lamenta las expresiones vertidas y que no solidariza con ellas.

¹ *Reports* 1974, p. 268.

LA NACIONALIDAD



CONCEPTO

La nacionalidad es un vínculo jurídico y político que liga a una persona con un Estado determinado en virtud del cual la persona asume hacia el Estado obligaciones de lealtad y fidelidad y el Estado se compromete a protegerla.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso *Nottebohm*, describió la nacionalidad en los siguientes términos:

"...la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene como base un hecho social de conexión, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses y de sentimientos, unido a una reciprocidad de derechos y deberes. Puede decirse que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo al cual se la confiere, sea directamente por la ley, sea por un acto de autoridad, está de hecho más estrechamente vinculado a la población del Estado que se la ha conferido que a la de cualquier otro. Conferida por un Estado, sólo otorga a ese Estado título para ejercer la protección [diplomática] frente a otro Estado, si ella representa una traducción, en términos jurídicos, de la conexión del individuo con el Estado que lo ha hecho su nacional." ¹

¹ Reports 1955, p. 23.

La nacionalidad tiene relevancia para diversos efectos, entre ellos los siguientes:

- En principio, un Estado sólo puede brindar amparo diplomático a una persona o compañía que tenga su nacionalidad.
- Un Estado puede ejercer ciertas competencias respecto de sus nacionales que residan en el extranjero. Así, puede exigirles que presten servicio militar y que paguen impuestos; puede sancionarlos a su regreso por delitos contemplados por su ley penal cometidos en país extranjero, aunque no sean delitos en este último país, etc.
- Los tratados consideran la nacionalidad para ciertos efectos. Por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, establece que "Los miembros del personal diplomático de la misión habrán de tener, en principio, la nacionalidad del Estado acreditante."
- Un Estado debe admitir en su territorio a sus nacionales que sean expulsados de otros Estados.

ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD

Todo Estado tiene competencia para dictar legislación relativa a la adquisición de su nacionalidad, pero esta competencia está limitada por los tratados en que es parte y por el derecho internacional común.

Este principio se encuentra enunciado en el artículo 1º de la Convención sobre Algunas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes sobre Nacionalidad, suscrita en La Haya en 1930:

"Corresponde a cada Estado determinar en su legislación quiénes son sus nacionales. Esta legislación debe ser reconocida por los demás Estados siempre que ella esté de acuerdo con las convenciones internacionales, la costumbre internacional y los principios de derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad."

Las legislaciones internas establecen diversos modos de adquisición de la nacionalidad: el nacimiento de una persona en el territorio del Estado (*jus soli*), el nacimiento de una persona fuera del territorio del Estado pero de padres que tengan la nacionalidad de ese Estado (*jus sanguinis*), la naturalización, el matrimonio con un nacional, la adopción por un nacional, la anexión de un territorio respecto de las personas que allí residen, etc.

Algunos Estados han establecido en sus legislaciones modos novedosos de adquisición de su nacionalidad. Por ejemplo, en virtud de la Ley israelí sobre la Nacionalidad (1952), adquieren la nacionalidad israelí por el retorno a Israel los judíos que tengan intención de establecerse en el país.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra".

LA NACIONALIDAD DE LA MUJER CASADA

Las legislaciones de algunos países, como las del Reino Unido y los Estados Unidos, imponían su nacionalidad a la mujer extranjera que se casara con uno de sus nacionales, pero estos países han abandonado este principio y sus legislaciones sólo facilitan, pero no imponen a la mujer la adquisición de la nacionalidad de su marido. En la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, de 1957, los Estados contratantes convinieron en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre uno de sus nacionales y un extranjero, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio tendrán efecto automático en la nacionalidad de la mujer. Sin embargo, la Convención contempla medidas para facilitar a la mujer la adquisición voluntaria de la nacionalidad de su marido. La Convención de Montevideo sobre Nacionalidad de la Mujer Casada, de 1933, dispone: "No se hará distinción alguna basada en el sexo en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica."

Para que la nacionalidad atribuida por un Estado a una persona pueda ser oponible a otros Estados son necesarias dos condiciones:

- a) que se hayan cumplido las condiciones establecidas por la ley interna para su atribución, y
- b) que la atribución de la nacionalidad no sea contraria a los tratados, a la costumbre o a los principios generales de derecho en materia de nacionalidad.

El primer requisito consiste en la *validez interna* de la nacionalidad. Así, por ejemplo, si se trata de una naturalización, deben haberse cumplido todas las condiciones establecidas por la ley interna para que la naturalización sea válida (período de residencia, dictación de un decreto, etc.).

El segundo requisito exige que la atribución de la nacionalidad no sea contraria a los tratados ni al derecho internacional común. Ya hemos visto que hay tratados o convenciones que limitan la libertad del Estado para conferir su nacionalidad, como las convenciones relativas a la nacionalidad de la mujer casada. Más difícil es determinar cuáles son las reglas consuetudinarias y los principios generales que limitan la competencia del Estado en este dominio. El profesor George Perrin, de la Universidad de Lausana, menciona los siguientes:

- Una persona tiene derecho a renunciar a su nacionalidad. En consecuencia, si una persona que tiene la nacionalidad del Estado A renuncia a ella para adquirir la del Estado B, no se requiere para la validez internacional de la nueva nacionalidad que A consienta en la renuncia de la suya.
- Un Estado no tiene derecho a imponer su nacionalidad a un extranjero sin el consentimiento de este último. La propiedad de un inmueble o el domicilio en el país no son títulos suficientes para imponer la nacionalidad.
- El Estado no puede proceder a una naturalización colectiva de grupos establecidos en su territorio o fuera del mismo, cuales-

quiera que sean los sentimientos del grupo y los motivos raciales, religiosos o ideológicos que se invoquen. La atribución colectiva de nacionalidad sólo es lícita en caso de que haya sido estipulada en un tratado de paz o de cesión de territorio.

- Un Estado no puede imponer su nacionalidad a los hijos de diplomáticos extranjeros nacidos en su territorio.
- La nacionalidad no puede ser adquirida fraudulentamente.¹

La nacionalidad conferida por un Estado en contravención a su propia ley o al derecho internacional es inoponible a los demás Estados.

El caso Nottebohm

Nottebohm, ciudadano alemán por nacimiento, reside en Guatemala desde 1905. En dicho país tiene su domicilio y la sede de sus negocios, los que se desarrollan en el comercio, la banca y las plantaciones. En 1939 Nottebohm viaja al Principado de Liechtenstein, donde vive un hermano suyo y, poco después del comienzo de la Segunda Guerra Mundial, solicita su naturalización en Liechtenstein y la obtiene en pocas semanas. Según la ley alemana de la época, Nottebohm pierde su nacionalidad alemana. En 1940, después de haber cambiado una nacionalidad que podía haberle traído inconvenientes, Nottebohm regresa a Guatemala y reinicia sus actividades. Al año siguiente, Guatemala declara la guerra a Alemania y, en aplicación de su legislación sobre extranjeros de países enemigos, expulsa a Nottebohm y se incauta de sus propiedades.

Terminada la guerra, el Principado de Liechtenstein ampara diplomáticamente a Nottebohm y trata de que el Gobierno de Guatemala le devuelva sus propiedades. No tiene éxito. Liechtenstein demanda a Guatemala ante la Corte Internacional de Justicia.

La Corte declaró que la demanda era *inadmisibile* porque *no existía un vínculo real y efectivo* entre Nottebohm y Liechtenstein, en tanto que existía una vinculación antigua y estrecha entre Nottebohm y

¹ "Les conditions de validité de la nationalité en droit international public", en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (1968), ps. 856 y ss.

Guatemala, que la naturalización en Liechtenstein no había debilitado. Esta naturalización, según la Corte, había sido conferida sin consideración al concepto de nacionalidad adoptado por el derecho internacional y, por lo tanto, era inoponible a Guatemala y no podía servir de base al amparo diplomático otorgado por el Principado a Nottebohm.¹

La Corte no declaró nula la naturalización de Nottebohm. Sólo estimó que ella no podía servir de base al amparo diplomático de Nottebohm respecto de Guatemala y era inoponible a este último país.

El principio de la nacionalidad efectiva ha suscitado dudas y ha sido objeto de críticas. ¿Se aplica este principio sólo cuando la nacionalidad ha sido adquirida por naturalización o también cuando ha sido adquirida por otra causal, como el nacimiento o el matrimonio? ¿Puede un Estado amparar diplomáticamente a una persona que sólo tiene su "nacionalidad formal" respecto de otro Estado que no sea el de su nacionalidad efectiva? La sentencia Nottebohm no precisa todos los alcances de esta doctrina, la cual, según sus críticos, introduce criterios subjetivos e imprecisos en una materia en que es deseable cierto grado de certidumbre.

DOBLE NACIONALIDAD

La diversidad de las legislaciones sobre nacionalidad ocasiona situaciones de doble nacionalidad. Por ejemplo, una persona nace en el Estado A (que acepta el *jus soli*) de padres que son nacionales del Estado B (que acepta el *jus sanguinis*). En conformidad a la legislación de A, esa persona será nacional suyo por haber nacido en su territorio, pero, según la legislación del Estado B, esa persona tendrá su nacionalidad por ser hijo de padres que son sus nacionales.²

¹ Reports 1955.

² Los Estados han celebrado tratados para solucionar problemas creados por la doble nacionalidad, tales como los acuerdos bilaterales relativos al servicio militar de personas que tienen la nacionalidad de ambos contratantes.

Los tribunales internacionales pueden tener que decidir cuál de dos nacionalidades regularmente adquiridas por una misma persona debe prevalecer para un efecto determinado. Ellos se inclinan a preferir la llamada nacionalidad efectiva (*master nationality*), para cuya determinación atienden a varios factores: la residencia habitual del individuo, el país donde tenga el centro de sus actividades comerciales o profesionales, el Estado en que ejerza sus derechos políticos y con el cual tenga vínculos familiares más estrechos, etc.

Existen tratados bilaterales que permiten a los nacionales de cada uno de los dos Estados contratantes la adquisición voluntaria de la nacionalidad del otro sin renunciar a su nacionalidad de origen. En virtud de un convenio entre Chile y España, de 1958, los chilenos pueden adquirir la nacionalidad española y los españoles la chilena, sin perder su nacionalidad anterior.

PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD

Corresponde a la legislación de cada Estado determinar cuáles son las causales de pérdida de su nacionalidad. Entre las causales de pérdida de la nacionalidad contempladas por las legislaciones internas se cuentan: la renuncia, la naturalización en país extranjero, la residencia prolongada en otro país, la privación de ella por vía de sanción, etc.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula: "A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla."

APATRIDIA

Todos los individuos que han perdido su nacionalidad sin haber adquirido otra nueva son apátridas. La apatridia ha afectado a veces a amplios sectores de la población de un Estado que, por razones raciales o políticas, han sido privados de la nacionalidad de dicho Estado. Por ejemplo, una legislación dictada por el régimen de Alemania nazi privó

de la nacionalidad alemana a los judíos alemanes que vivían fuera de Alemania.¹

La apatridia es una situación anómala; todo individuo debería tener una nacionalidad. A evitar la apatridia y a paliar sus efectos tienden la Convención sobre la Situación de los Apátridas, suscrita en Nueva York en 1954, y la Convención para Reducir los casos de Apatridia, de 1961. Esta última contempla ciertas restricciones a la privación de la nacionalidad cuando esta privación provoca la apatridia.

NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES

Es frecuente que se utilice el término "nacionalidad" para designar el vínculo entre una sociedad o compañía y un Estado determinado. Sin embargo, hay profundas diferencias entre la nacionalidad de los individuos y la de las personas jurídicas.

La "nacionalidad" de una sociedad determina el Estado que puede prestarle amparo diplomático, su carácter neutral o enemigo, los beneficios que la sociedad puede derivar de un tratado.

La diversidad de prácticas demuestra que no existe una noción rígida respecto de la nacionalidad de las compañías.

En algunos países, como Francia y Alemania, se considera que una sociedad es nacional si su sede social está situada en su territorio. La sede social es el lugar en que se ejerce la dirección de la sociedad, donde se encuentran sus órganos, tales como los administradores y las asambleas generales.

Los países anglosajones siguen el criterio de la *incorporation*: la sociedad tiene la nacionalidad del país bajo cuyas leyes se ha constituido y a la cual debe su existencia, aun si la sede social se encuentra en otro país.²

¹ En 1945 el Consejo de Control Aliado para Alemania abrogó estas leyes y dispuso que las personas que hubieran sido privadas de la nacionalidad alemana en virtud de ellas podían solicitar que dicha nacionalidad les fuera restituida.

² La práctica contemporánea de los Estados Unidos, consolidada en la *Claims Act* de 1949, requiere que la compañía haya sido organizada según la ley norteamericana y que el 50% o más de sus acciones sean poseídas por nacionales de los Estados Unidos.

En materia de amparo diplomático de las sociedades se conjugan ambos criterios: se considera que una sociedad tiene la nacionalidad del Estado en conformidad a cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su sede social. Es dicho Estado el que, según la regla tradicional, puede brindar amparo diplomático a la sociedad.

En tiempo de guerra se ha seguido el criterio del "control" al aplicar la legislación que prohíbe el comercio con el enemigo: se ha estimado que tiene la nacionalidad de un Estado enemigo la sociedad que está controlada por súbditos de dicho Estado, aunque no se haya constituido en éste ni tenga allí su sede social.

SITUACION GENERAL

NACIONALIDAD DE LOS BUQUES Y DE LAS AERONAVES

Los buques y aeronaves también tienen una nacionalidad.

Cada Estado debe establecer los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los *buques* y para que tengan derecho a enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón están autorizados a enarbolar.

Las *aeronaves* tienen la nacionalidad del Estado en que están matriculadas.

Para que el trato dado a un extranjero constituya un acto internacionalmente ilícito es necesario que equivalga a ultraje, a injuria o a negligencia voluntaria, o a una insuficiencia de acción gubernamental tan distante de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería voluntariamente su insuficiencia.

Un acto que infringe al estándar mínimo de un nacional en la persona de un extranjero constituye un acto ilícito internacionalmente.

LA SITUACION DE LOS EXTRANJEROS

"Amaréis, pues, al extranjero, porque extranjeros fuisteis en la tierra de Egipto".

DEUTERONOMIO 10, 19



SITUACIÓN GENERAL

Los extranjeros que ingresan al territorio de un Estado quedan sujetos, en principio, a la "comunidad de fortuna" de la población local y, en consecuencia, no pueden exigir mejor trato que el brindado por dicho Estado a sus propios nacionales. El extranjero está sometido a la soberanía territorial y a las leyes locales.

Sin embargo, el Estado de residencia está obligado a garantizar a los extranjeros un trato que no sea inferior al *standard mínimo internacional*. Este *standard* no reviste contornos precisos, pero incluye los derechos fundamentales de la persona humana, como el derecho a no ser detenido arbitrariamente, a no ser sometido a torturas o a tratos inhumanos o degrading, a recurrir a los tribunales locales y obtener justicia, a adquirir bienes de consumo, etc. Como lo expresara un tribunal arbitral en el caso *Neer*:

"Para que el trato dado a un extranjero constituya un acto internacionalmente ilícito es necesario que equivalga a ultraje, a mala fe, a negligencia voluntaria, o a una insuficiencia de acción gubernamental tan distante de los standards internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería prontamente su insuficiencia."

El Estado que infringe el *standard* mínimo internacional en la persona o bienes de un extranjero comete un acto internacionalmente ilícito e

incurrir en responsabilidad. Por otra parte, el Estado del cual dicha persona es nacional puede prestarle amparo diplomático.

Frente a la doctrina enunciada, algunos gobiernos han opuesto la del "trato nacional", según la cual el extranjero no puede exigir del Estado mejor trato que el que éste da a sus nacionales. Este principio es válido sólo si el trato nacional no está bajo el *standard* mínimo internacional, como ocurre normalmente; pero si dicho trato desciende de este nivel y el Estado local somete a sus nacionales a vejámenes y arbitrariedades, los demás Estados no están obligados a aceptar que sus nacionales corran igual suerte.

El derecho internacional permite a los Estados imponer ciertas prohibiciones y restricciones a los extranjeros, tales como la prohibición de ejercer ciertas profesiones o actividades, la de adquirir inmuebles, la de pescar en el mar territorial, etc.

Los extranjeros no pueden ser obligados por el Estado de residencia a prestar servicio militar. A la inversa, no tienen derechos políticos (de elegir y de ser elegidos para cargos de elección popular) ni pueden exigir que se los admita a cargos públicos.

DAÑOS A EXTRANJEROS EN CASOS DE GUERRA CIVIL, REVOLUCIÓN O DESORDEN INTERNO

Un Estado no es responsable en estos casos por los daños causados a los extranjeros como consecuencia de las operaciones militares realizadas por el gobierno legítimo o por los revolucionarios. En estos aspectos, el extranjero está sujeto a la comunidad de fortuna.

Pero es posible que, con ocasión de las situaciones mencionadas, el extranjero sufra daños derivados de actos que no forman parte de las operaciones militares, tales como saqueos e incendios. Si estos actos son realizados por autoridades o agentes gubernamentales, el principio general es que el Estado es responsable. Si son realizados por insurgentes, poblados o fuerzas revolucionarias, el principio general es que el Estado no es responsable, excepto en dos casos: si el gobierno del Estado no empleó la debida diligencia para evitar los daños, o si los revolucionarios logran establecerse como gobierno de dicho Estado.

En el curso de reformas destinadas a modificar su estructura social y económica, algunos Estados expropiaron compañías extranjeras o transfirieron al Estado o a entidades públicas todas las actividades de un sector de la economía (bancos, compañías de electricidad, empresas de seguros, etc.) que hasta entonces eran de dominio privado.

El derecho internacional reconoce a todo Estado el derecho de expropiar o de nacionalizar propiedad extranjera situada en su territorio con fines de utilidad pública.

Los países cuyos nacionales han hecho inversiones cuantiosas en el extranjero, como asimismo parte importante de la doctrina, sostienen que, al ejercer su derecho de expropiar o nacionalizar propiedad extranjera, un Estado debe cumplir los siguientes requisitos:

- la expropiación o nacionalización debe ser hecha con fines de utilidad pública,
- no debe ser discriminatoria respecto de los extranjeros en general o de determinada categoría de extranjeros, y
- debe ser acompañada del pago de una "pronta, adecuada y efectiva compensación".

En aplicación de este último requisito, la compensación debería pagarse sin retardo, cubrir la totalidad de los activos nacionalizados y ser efectivamente utilizable por los beneficiarios, en particular, pagarse en moneda convertible y transferible al exterior. El hecho de que los nacionales afectados por la medida de nacionalización no reciban una compensación adecuada no eximiría al Estado de su obligación de pagarla a los extranjeros, ya que estos últimos están amparados por la regla que impone el respeto de los "derechos adquiridos".

Según otra tendencia, apoyada por países socialistas y en desarrollo, un Estado puede nacionalizar bienes extranjeros cuando considera que está en juego el interés público, aunque las medidas de nacionalización vayan dirigidas en contra de determinadas compañías extranjeras que controlan un sector clave de la economía nacional. En cuanto a la indemnización, los gobiernos de estos países han sostenido que ella

no puede ser plena ni inmediata porque esta exigencia privaría al Estado del derecho de reestructurar su economía y de efectuar reformas sociales. Según estos gobiernos, la compensación sólo debería ser "apropiada" y para determinar su cuantía y sus modalidades habría que atender en cada caso a diversas circunstancias, tales como la legislación interna del Estado que nacionaliza, su capacidad de pago y las ganancias excesivas obtenidas por dichas compañías en el pasado.

Existe, pues, en materia de indemnización por nacionalización de propiedad extranjera un amplio grado de incertidumbre. Sin embargo, sentencias internacionales recientes se inclinan por favorecer el principio tradicional de la pronta, adecuada y efectiva compensación.¹

En todo caso, hay que tener presente la advertencia del Profesor Charles de Visscher:

"No hay nacionalización sino apropiación ilícita y enriquecimiento injusto cuando, a pesar de ciertas apariencias, las medidas dictadas respecto de los extranjeros no tienen relación con los fines de utilidad pública que pudieran justificarlas. Tal sería el caso si apareciera que estas medidas, en vez de situarse en el marco de una reforma de estructura y de utilidad general, hubieran sido determinadas sea por un sentimiento de xenofobia, sea con miras a ejercer presión política sobre el Estado a que pertenecen los extranjeros que son víctimas de ellas."²

Para solucionar diferendos surgidos como consecuencia de nacionalizaciones, los Estados celebran, a veces, acuerdos globales (*lump agreements*), que cubren *todas* las reclamaciones hechas por un Estado derivadas de un programa de nacionalización llevado a cabo por otro Estado. En virtud de un acuerdo global, el Estado expropiante se obliga

¹ Patrick M. Norton, "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the Law of Expropriation", en *American Journal of International Law*, julio 1991, vol. 85, ps. 474 y ss.

² *Théories et réalités en droit international public*, 4ª ed., p. 216.

a pagar al Estado cuyos nacionales fueron expropiados una suma alzada de dinero inferior a la reclamada, a cambio de la renuncia por este último a toda reclamación posterior por este concepto. Una vez recibida esta suma, es distribuida entre los particulares y compañías expropiados en proporción a sus derechos.

Con el fin de atraer inversiones extranjeras, se han celebrado acuerdos bilaterales entre Estados importadores de capital y Estados exportadores de capital para promover y proteger las inversiones efectuadas por nacionales de uno de los Estados partes en el territorio del otro. En general, estos acuerdos reflejan *standards* cercanos al principio tradicional en materia de nacionalización de propiedad extranjera. Además, en acuerdos de inversión entre Estados y compañías extranjeras se estipulan *cláusulas de estabilización* que garantizan a la compañía una situación jurídica y económica determinada durante cierto tiempo.

En 1965 el Banco Mundial elaboró una Convención para la Solución de Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Esta Convención establece un centro internacional para la solución, por conciliación y arbitraje, de diferendos relativos a inversiones que puedan surgir entre un Estado parte y nacionales (incluso compañías) de otro Estado parte, siempre que se sometan a la decisión de dicho centro.

EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Un Estado puede expulsar o deportar de su territorio a un extranjero cuya presencia juzgue indeseable. La expulsión debe hacerse en forma humanitaria y sólo después de que el extranjero haya interpuesto sin éxito los recursos que le franquea la ley local para impugnar la decisión de expulsión, o de que hayan transcurrido los plazos para interponer tales recursos. Son contrarias al derecho internacional las expulsiones colectivas de extranjeros.

Un extranjero no puede ser deportado a un país en que corran peligro su vida y su libertad en razón de su raza, nacionalidad, religión, situación social u opiniones políticas.

Cuando un particular o una compañía de nacionalidad extranjera recibe en un Estado un trato contrario al derecho internacional, el Estado de su nacionalidad puede prestar a dicho particular o compañía el amparo diplomático.

El amparo diplomático (o protección diplomática) es, pues, la acción de un Estado ante otro Estado para reclamar la debida aplicación del derecho internacional respecto de sus nacionales (individuos o compañías).

Al prestar amparo diplomático, un Estado hace suya la reclamación de uno de sus nacionales en contra de un Estado extranjero y eleva a la categoría de diferendo internacional una reclamación que, en su origen, tenía carácter privado. En adelante, el Estado que formula la reclamación diplomática "hace valer su propio derecho, el derecho de asegurar el respeto de las reglas de derecho internacional en la persona de sus nacionales." ¹

Si las gestiones diplomáticas realizadas por el Estado que brinda el amparo para obtener una reparación adecuada no producen resultados satisfactorios, dicho Estado puede ejercer el amparo judicial, es decir, puede recurrir ante un tribunal internacional competente —si es que existe— en contra del Estado que causó el daño.

Un Estado tiene completa discreción para decidir, en un caso determinado, si presta o no amparo diplomático o judicial. Tal Estado puede estimar que, aunque la reclamación es legalmente procedente, no es políticamente conveniente u oportuno presentarla. Más aún, si la presenta, puede desistirse de la reclamación o no proseguirla. "Como su reclamación no es idéntica a la del particular o compañía cuya causa patrocina, el Estado goza de completa libertad de acción." ²

Para que un Estado pueda brindar amparo diplomático o judicial a una persona se requiere la concurrencia de dos requisitos: la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento previo de los recursos internos. La falta de alguno de estos requisitos hace que la reclamación sea inadmisibile.

¹ Corte Permanente de Justicia Internacional. Series A, N° 2, p. 11.

² Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Barcelona Traction*. Reports 1970, p. 44.

El principio general es que la reclamación debe haber pertenecido a un nacional del Estado reclamante, *en forma continua* y sin interrupción, desde la fecha en que ocurrió el hecho que la motiva hasta la fecha en que la reclamación sea presentada ante otro Estado o ante un tribunal internacional. Esta regla tiende a evitar que una persona cambie voluntariamente de nacionalidad para colocarse bajo el amparo de un "Estado de conveniencia". La regla debe interpretarse de manera razonable. No debe aplicarse, por ejemplo, cuando una persona cambia involuntariamente de nacionalidad por cesión del territorio que habita, o cuando un heredero prosigue una reclamación presentada originalmente por su causante y ambos tiene nacionalidad diferente. ¹

También es necesario que la persona a quien se brinda amparo no tenga, además, la nacionalidad del Estado en contra del cual se reclama. Así, por ejemplo, si una persona tiene a la vez la nacionalidad francesa y la italiana, Italia no puede prestarle amparo en contra de Francia ni Francia en contra de Italia.

La Corte Internacional de Justicia declaró en el caso Nottebohm que, para los efectos del amparo, la nacionalidad no sólo debe ser un vínculo formal, sino que, además, debe corresponder a un vínculo real y efectivo entre la persona agraviada y el Estado reclamante. ²

El derecho internacional contempla ciertos casos excepcionales en que un Estado puede proteger a personas que no tienen su nacionalidad, como los extranjeros que sirven en sus buques mercantes o en sus fuerzas armadas.

Agotamiento previo de los recursos internos

Para que un Estado pueda brindar amparo diplomático o judicial a uno de sus nacionales es necesario que éste haya agotado todos los recursos internos disponibles en el país que ha causado el daño sin haber obtenido la reparación que reclama. En especial, esta persona o

¹ Véanse las agudas observaciones del Juez Fitzmaurice en el caso de la *Barcelona Traction* (segunda fase). Reports 1970, ps. 100-101.

² Reports 1955, p. 23.

compañía debe haber deducido las correspondientes acciones judiciales, hecho valer todos los medios de prueba disponibles e interpuesto todos los recursos legales que le franquea la ley del país.

Esta regla debe ser entendida razonablemente. Ella no puede aplicarse cuando no existen medios para reparar el daño o cuando éstos son ineficaces o insuficientes, como cuando el acto ilícito deriva de una ley interna que los tribunales nacionales no tienen más que aplicar o cuando se ha cometido una arbitrariedad por un órgano o autoridad cuyos actos no están sujetos a revisión. Según expresara un tribunal arbitral, no se está obligado a "agotar la justicia cuando no hay justicia que agotar", o, como dice el profesor Alf Ross, "no pueden cosecharse rosas donde no crecen rosales."

(1) Leyes donde se los castiga
(2) Donde esta un noble.

AMPARO DE SOCIEDADES O COMPAÑÍAS

El amparo diplomático o judicial de una sociedad o compañía sólo corresponde al Estado bajo cuyas leyes se ha constituido y en cuyo territorio tiene su sede.¹

La sociedad tiene una personalidad y un patrimonio propios, distintos de los de sus socios. En consecuencia, los socios extranjeros de una compañía que ha sufrido un daño como resultado de un acto ilícito no pueden ser protegidos diplomática o judicialmente por sus respectivos Estados. Se protege a la sociedad como tal, no a los socios individualmente considerados. Así lo declaró la Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Barcelona Traction*. Fundamentando su punto de vista, la Corte señaló:

"...la adopción de la teoría del amparo diplomático de los socios como tales, al abrir la puerta a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear una atmósfera de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales. El daño sería tanto mayor si se considera que las acciones de la compa-

¹ Corte Internacional de Justicia en el caso de la *Barcelona Traction*. *Reports* 1970, p. 42.

ña que despliega una actividad internacional están vastamente dispersas y cambian frecuentemente de mano." ¹

LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA HUMANA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

LA "CLÁUSULA CALVO"

Para evitar abusos en el otorgamiento del amparo diplomático algunos gobiernos latinoamericanos han insertado una cláusula en contratos celebrados por ellos con compañías y particulares extranjeros, la cual se conoce con el nombre de "Cláusula Calvo", en honor del jurista argentino que la propuso en 1868.

Según esta cláusula, la parte extranjera renuncia a solicitar el amparo diplomático de su propio Estado en lo que respecta a los diferendos que puedan surgir del contrato y se compromete a someter todas las reclamaciones a las leyes, autoridades y tribunales del país con el cual está contratando.

Hay autores y decisiones judiciales que no aceptan la validez de la Cláusula Calvo porque estiman que el derecho de brindar amparo diplomático corresponde al Estado y que, por lo tanto, un particular no puede renunciar a un derecho que no le pertenece.

Algunas sentencias y autores han sostenido que, en caso de que surjan dificultades con motivo del contrato que contiene la cláusula, la parte extranjera debe someter todas sus reclamaciones a los tribunales locales. Solamente en caso de que se le denegare justicia puede esta parte solicitar y obtener el amparo diplomático de su Estado. La intervención de este Estado no estaría aquí basada en el incumplimiento de un contrato sino en un hecho internacionalmente ilícito: la denegación de justicia a un extranjero.

¹ *Reports*, 1970, p. 49.

LA PROTECCION DE LA PERSONA HUMANA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

"No se puede decir que un sistema jurídico reconozca derechos a personas si no permite a esas personas ejercer tales derechos."

SIR JOHN FISCHER WILLIAMS

"La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes."

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

(Serie A. N° 2, p. 44).

LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO DE GENTES

Hasta la Primera Guerra Mundial el derecho internacional regía principalmente cuestiones relativas a las relaciones entre Estados, tales como reconocimientos de Estados y de gobiernos, la adquisición de territorio, los tratados internacionales, las misiones diplomáticas y consulares, la guerra y la neutralidad. Existían pocas reglas destinadas a proteger los intereses de las personas en cuanto tales, como las reglas relativas al trato a extranjeros, a la represión del tráfico de esclavos y a la protección de los heridos y enfermos en el campo de batalla.

Desde fines de la Primera Guerra Mundial el derecho internacional revela una resuelta tendencia hacia la protección de la persona humana.

Esta tendencia hacia "la humanización del derecho de gentes" se refleja en convenciones multilaterales relativas a la protección de los trabajadores, a la protección de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, a la prevención y represión del genocidio, a la protección de los refugiados, a la eliminación de la discriminación racial, a la promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales, a la protección de los derechos del niño, etc.

BENEFICIARIOS Y DESTINATARIOS DE LAS NORMAS CONVENCIONALES

Las normas contenidas en estos tratados o convenciones están destinadas a proteger a los seres humanos en general o a determinadas categorías de individuos, como los refugiados, los trabajadores, las minorías nacionales, quienes son los beneficiarios de los derechos estipulados en dichos tratados. Los Estados no celebran estos tratados para su beneficio mutuo sino para beneficiar, por razones de humanidad, a la persona humana en general o a ciertas categorías de personas.

Refiriéndose a uno de estos tratados —la Convención sobre el Genocidio— la Corte Internacional de Justicia expresó que en dicha Convención

"los Estados contratantes no tienen fines propios. Todos y cada uno de ellos tienen un interés común: el de realizar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no se puede hablar de ventajas o desventajas de los Estados, ni del mantenimiento de un equilibrio contractual exacto entre derechos y obligaciones. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones que ella contiene."¹

¹ Reports, 1951, p. 23.

Sin embargo, los sujetos o destinatarios directos de estos tratados o convenciones son los Estados partes, no los individuos beneficiados por ellos. Son los Estados partes los que se obligan, en virtud del tratado respectivo, a eliminar la discriminación racial, a reconocer a sus trabajadores el derecho de libertad sindical o a sancionar el crimen de genocidio. Son ellos los que pueden reclamar internacionalmente en contra de un Estado parte que viole las obligaciones que le impone el tratado.

¿Y en qué situación quedan los individuos favorecidos por estos tratados?

Estos individuos no son habitualmente destinatarios directos de las reglas internacionales que protegen sus derechos. En caso de que un Estado contratante infrinja estas reglas, el individuo o grupo perjudicado deberá tratar de agotar los recursos internos que le franqueen las leyes del país infractor para reivindicar sus derechos infringidos, pero si sus gestiones resultan infructuosas, el individuo *carecerá habitualmente de acción en el plano internacional* para imponer el respeto de sus derechos. No podrá presentar una protesta diplomática al país infractor, ni recurrir ante un tribunal internacional, ni tomar represalias, etc. Serán los Estados que son partes en el tratado que se supone infringido quienes tendrán acción para reclamar, en el plano internacional, en contra del Estado infractor por violación del tratado.

Algunas de las dificultades que enfrentan los individuos para obtener justicia en el plano interno derivan del carácter *non-self-executing* del tratado o de algunas de sus disposiciones. En efecto, hay tratados, llamados *non-self-executing*, en que el Estado contrae ciertas obligaciones que no se bastan a sí mismas y que requieren que el Estado dicte legislación para que puedan ser aplicados en el plano interno. Por ejemplo, un Estado que se obligó a sancionar con penas graves el genocidio debe dictar la legislación que establezca las penas. No siempre los Estados dictan esta legislación, de manera que es posible sus tribunales no se encuentren en condiciones de aplicar el tratado cuando lo invocan ante ellos individuos o grupos favorecidos por sus disposiciones. Por otra parte, los países contratantes no se muestran habitualmente dispuestos a reclamar en contra del gobierno infractor cuando éste ha lesionado derechos de una persona que no es nacional suyo.

Después de la Segunda Guerra Mundial se celebraron tratados sobre derechos humanos, particularmente de carácter regional, que establecieron ciertos órganos internacionales y autorizaron a personas o grupos de personas favorecidos por sus estipulaciones para presentar quejas ante tales órganos por violación de los derechos protegidos por el tratado. Entre estos órganos podemos mencionar la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En estos casos, se ha reconocido a individuos cierta medida de personalidad ante instancias internacionales. La amplitud de esta personalidad depende de la medida de capacidad internacional que les reconozca el tratado respectivo. En general, estas capacidades y su eficacia práctica son más bien limitadas.¹

Las consideraciones precedentes demuestran que el debate doctrinal sobre si los individuos son o no sujetos de derecho internacional es, en gran parte, estéril. Los individuos son sujetos de derecho internacional en la medida, y sólo en la medida, en que el derecho convencional establezca derechos en su favor y les permita hacerlos valer directamente, sin el patrocinio de su propio Estado, ante instancias internacionales.

A continuación, estudiaremos algunos regímenes internacionales de protección a ciertas categorías de personas. Luego abordaremos el tema más amplio de la protección internacional de los derechos humanos.

LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS NACIONALES

En tratados celebrados después de la Primera Guerra Mundial algunos Estados, como Polonia y Checoslovaquia, se obligaron a conceder a

¹ Un precedente audaz en este sentido fue la Convención de 1907 que creó la Corte Centroamericana de Justicia, que funcionó entre 1913 y 1918. Según dicha Convención los particulares de un país centroamericano podían recurrir a la Corte en contra de los gobiernos contratantes por violación de tratados o convenciones y en otros casos de carácter internacional.

sus nacionales que pertenecieran a ciertas minorías étnicas, religiosas o lingüísticas derechos específicos, como la igualdad ante la ley, el igual goce de los derechos políticos y civiles, el derecho de emplear su propio idioma, la libertad de organizarse para fines religiosos y educacionales, el derecho de los niños de una minoría lingüística a recibir enseñanza primaria en su propio idioma en regiones en que la minoría constituía un considerable sector de la población.

Estas obligaciones fueron colocadas bajo la garantía de la Sociedad de las Naciones. Cualquier miembro del Consejo de la Sociedad podía llamar la atención de ésta sobre las infracciones cometidas.

Después de la Segunda Guerra Mundial el derecho internacional se orientó a la protección internacional de los derechos humanos en general. Sin embargo, también se adoptaron algunas disposiciones convencionales para proteger los derechos de ciertas minorías, como las de lengua alemana en regiones italianas de Tirol del Sur.

LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS

Los primeros esfuerzos orgánicos para proteger a los refugiados se realizaron en favor de los refugiados rusos después de la Revolución de 1917, y de los refugiados armenios.

En 1951 se adoptó la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, revisada en 1967. Es refugiado, en el sentido de la Convención, toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o no quiere, a causa de dichos temores, acogerse a la protección de tal país.

En esta Convención los Estados contratantes se comprometen a otorgar a los refugiados, en materias tales como empleo remunerado y ejercicio de las profesiones liberales, un trato que no sea menos favorable que el concedido a los extranjeros. En otras materias, como enseñanza elemental y seguro social, la Convención equipara los refugiados a los nacionales.

El principio fundamental respecto de los refugiados es el de la devolución, que prohíbe ponerlos en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, etc.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, establecida en 1950, brinda protección internacional a los refugiados.

EL ASILO TERRITORIAL

Es la acogida que un Estado brinda en su propio territorio a una persona perseguida por motivos políticos, ideológicos, raciales o de otra clase.

Este asilo puede consistir en un refugio temporal o en un refugio definitivo que conlleva el derecho de instalarse en el país.

Los Estados no están obligados a conceder asilo a las personas que lo soliciten. Cada Estado decide, en un caso determinado, si lo concede o no.

Las tentativas para adoptar una convención general sobre asilo territorial han sido infructuosas. En el plano regional americano, ha sido suscrita la Convención de Caracas de 1954.

En 1967 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Declaración sobre Asilo Territorial. Reconoce la Declaración que el otorgamiento de asilo "es un acto pacífico y humanitario que, como tal, no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado."

La Declaración recomienda a los Estados que se inspiren, en su práctica relativa al asilo territorial, en ciertos principios, como los siguientes: corresponderá al Estado que conceda asilo calificar las causas que lo motivan: ninguna persona que busque asilo será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución (salvo ciertas excepciones); no tendrán derecho a asilarse los sospechosos de haber cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad.

EL ASILO DIPLOMÁTICO

Es el que se otorga en la sede de una misión diplomática, en un buque de guerra o en una aeronave militar a una persona que es perseguida por delitos políticos en un país convulsionado. El asilo no puede otorgarse en los consulados.

El asilo diplomático ha sido practicado y reconocido sólo por los países de América Latina. En tiempos de trastornos políticos (revoluciones, pronunciamientos militares, guerras civiles) misiones diplomáticas de estos países han otorgado refugio a personalidades del régimen depuesto o del intento revolucionario fracasado.

Los Estados americanos han celebrado entre sí convenciones sobre asilo, tales como la Convención de La Habana (1928), la de Montevideo (1933) y la de Caracas (1954).

La misión diplomática que ha concedido asilo informa de ello a las autoridades locales y les solicita salvoconducto para que el refugiado abandone el país. El gobierno local otorga normalmente el salvoconducto pedido, pero podría negarse a ello si considera que, en el caso particular, el asilo no se justifica.

Para que un Estado pueda otorgar asilo diplomático es necesario que se reúnan dos condiciones. La primera es que el país en que se otorga esté conmocionado por disturbios políticos de carácter revolucionario o que no existan en tal país las garantías del debido proceso. La segunda condición es que la persona que se asila esté perseguida o haya sido condenada por delitos políticos. No procede otorgar asilo en tiempos normales o a personas perseguidas por delitos comunes.

¿Quién califica en caso de desacuerdo entre el Estado asilante y el Estado territorial la naturaleza (común o política) de los hechos por los cuales se persigue al asilado? La Corte Internacional de Justicia, en el caso sobre Derecho de Asilo (1950), declaró que el Estado asilante puede hacer esta calificación de manera provisional, pero no de modo definitivo y obligatorio para el Estado territorial: este último tiene derecho a objetar esta calificación, y si lo hace surgirá entre los dos Estados una controversia internacional.¹ La continuación del des-

¹ Reports 1950.

acuerdo puede prolongar la permanencia del asilado en el local de refugio, pero en caso alguno puede la autoridad local sacar por la fuerza al asilado del lugar en que se encuentra. Algunos tratados atribuyen al Estado asilante un derecho de calificación unilateral.

Misiones diplomáticas de países que no reconocen la institución del asilo han concedido refugio temporal, por razones humanitarias, a personas cuyas vidas estaban en peligro. A veces la "hospitalidad" brindada al huésped se ha mantenido durante un tiempo prolongado.

LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional comenzó protegiendo a los individuos como miembros de un grupo determinado, como minorías o refugiados. Es después de la Segunda Guerra Mundial que el derecho internacional tiende a proteger a los individuos como titulares de "derechos humanos", es decir, de aquellos derechos que son inherentes a la dignidad de la persona humana.

Esta rama del derecho surgió, en gran parte, como reacción contra los actos de barbarie y de atropello a la dignidad de las personas cometidos por el nazismo y otros regímenes totalitarios.

La protección internacional de los derechos humanos es fundamentalmente de carácter convencional. En diversas convenciones internacionales los Estados han reconocido ciertos derechos humanos, han contraído la obligación de respetarlos y garantizarlos y han establecido mecanismos de protección. Estas convenciones crean obligaciones jurídicas entre los Estados que son parte en ellas. Cualquier Estado parte puede reclamar contra otro Estado parte por la violación de los derechos humanos reconocidos en la convención.

Algunas de estas convenciones confieren a los individuos o grupos cuyos derechos humanos han sido infringidos, o a personas y entidades que actúen en su nombre, ciertos recursos ante instancias internacionales para tratar de poner fin a la infracción de que son víctimas.

Paralelamente al derecho convencional de los derechos humanos se está desarrollando un derecho internacional consuetudinario desti-

nado a protegerlos. Este último obliga a todos los Estados, incluso a aquellos que no son partes en las convenciones respectivas.

A continuación nos referiremos a algunos de los instrumentos más significativos de protección internacional de los derechos humanos.

LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

La Carta de las Naciones Unidas contiene diversas disposiciones sobre la protección de los derechos humanos. Uno de los Propósitos de la Organización es desarrollar y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. El artículo 55 de la Carta dispone que las Naciones Unidas promoverán "el respeto universal a los derechos humanos de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades." Para este efecto, tanto la Asamblea General como el Consejo Económico y Social pueden hacer estudios y formular recomendaciones. Por otra parte, en el artículo 56 de la Carta, todos los Miembros de la Organización "se comprometen a tomar medidas, conjunta o separadamente, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55."

Se ha sostenido que las disposiciones de la Carta sobre derechos humanos son declaraciones de principios que no imponen obligaciones jurídicas a los Estados miembros. Tales disposiciones se limitarían a establecer un programa de acción para las Naciones Unidas—promover el respeto universal de los derechos humanos— en cuya realización los Estados miembros deben cooperar.

Esta interpretación no se ajusta a la letra ni al espíritu de la Carta. Los miembros de las Naciones Unidas deben actuar según los Propósitos de la Organización y, en consecuencia, tienen el deber jurídico de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales de todos. En el caso *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia hizo un categórico pronunciamiento que no deja dudas de que la Carta impone obligaciones jurídicas en el ámbito de los derechos humanos:

"En virtud de la Carta de las Naciones Unidas, el ex Mandatario se había comprometido a observar y respetar, en un territorio que posee estatuto internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza. El hecho de establecer y aplicar distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones basadas exclusivamente en motivos de raza, color, ascendencia, u origen nacional o étnico, que son una negación de los derechos humanos fundamentales, constituye una flagrante violación de los propósitos y principios de la Carta."¹

En 1946 se estableció la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social. La Comisión elabora textos de tratados sobre derechos humanos y se ocupa de asuntos relativos a tales derechos, como la protección de minorías, la discriminación racial, etc.

Las Naciones Unidas reciben anualmente miles de quejas relativas a supuestas violaciones de los derechos humanos. Recibida una queja, se da traslado de ella, sin revelar la identidad del autor, al gobierno respectivo, el cual puede responder a ella.

En caso de quejas "que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos", la Comisión de Derechos Humanos puede presentar un informe, hacer recomendaciones y aun disponer una investigación por un comité especial; esta investigación sólo puede llevarse a cabo con el asentimiento expreso del Estado interesado.

Por otra parte, tanto el Consejo Económico y Social como la Asamblea General de las Naciones Unidas pueden hacer recomendaciones sobre la protección internacional de los derechos humanos.

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos

¹ Reports 1971, p. 57.

"como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse".

La Declaración proclama el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos; la prohibición de infligir tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes; la igualdad ante la ley; el derecho de la persona acusada de delito a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe legalmente su culpabilidad y a no ser condenada por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos; el derecho a la propiedad y a no ser privado arbitrariamente de ella; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; el derecho al trabajo, a fundar sindicatos y a sindicarse; el derecho a la educación y a tomar parte en la vida cultural de la comunidad, el derecho al descanso.

La Declaración no es un tratado internacional que imponga obligaciones convencionales. Sin embargo, tiene valor programático y moral, ha inspirado diversas convenciones y resoluciones adoptadas por las Naciones Unidas y contribuye a la elaboración del derecho consuetudinario de los derechos humanos. Algunas Constituciones políticas se inspiran también en la Declaración.

LOS PACTOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

En 1966 las Naciones Unidas adoptaron dos Pactos destinados a transformar los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en detalladas normas contractuales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

✕ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En este Pacto cada uno de los Estados partes se compromete a respetar y a garantizar los derechos civiles y políticos en él reconocidos y a adoptar las disposiciones internas que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Entre los derechos consagrados en el Pacto se encuentran los siguientes: el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personales,

la igualdad ante los tribunales de justicia, la libertad de expresión, el derecho de reunión pacífica y de asociación. El Pacto reglamenta cada uno de los derechos que enuncia. Los Estados parte se obligan a presentar informes periódicos sobre la implementación de los derechos reconocidos en el Pacto.

El Pacto establece un mecanismo muy débil para conocer de reclamaciones por violaciones de derechos humanos: un Estado parte puede recurrir en contra de cualquier otro Estado parte ante un Comité de Derechos Humanos, siempre que ambos hayan aceptado la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que se alegue incumplimiento del Pacto. El Comité sólo puede tratar de que las partes lleguen a una solución amistosa.

Para permitir reclamaciones individuales la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó un Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas, por ese Estado, de violación de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité da traslado de la comunicación al Estado acusado, el cual deberá dar al Comité las explicaciones del caso. El Comité presenta sus observaciones al Estado acusado y al individuo reclamante.

Ambos mecanismos de protección —el del Pacto y el del Protocolo— tienen carácter facultativo y no conducen a una solución obligatoria. Su eficacia relativa es de carácter político y moral: reside en la publicidad que se da al informe del Comité de Derechos Humanos.

✧ El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En este Pacto cada uno de los Estados partes se compromete a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que enuncia. Entre estos derechos se encuentran el derecho a trabajar y al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, el derecho de toda

persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, el derecho de huelga, el derecho a la seguridad social y el derecho a la educación y a la vida cultural.¹

LA CONVENCIÓN EUROPEA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

La afinidad cultural e ideológica que existe entre Estados de una misma región facilita la celebración de acuerdos sobre derechos humanos en el plano regional.

En 1950 el Consejo de Europa elaboró una Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la que entró en vigor en 1953. Más tarde se aprobaron protocolos complementarios de dicha Convención.

La Convención enumera con prolijidad los derechos humanos que protege y establece un sistema para asegurar dicha protección. Entre los derechos garantizados figuran: el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona; el derecho de la persona detenida para comparecer prontamente ante un juez, y el de audiencia pública dentro de un tiempo razonable; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; la libertad de expresión, de asociación y de reunión, etc. Sin embargo, un Estado puede suspender algunos de estos derechos en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación.

¹ Además de los Pactos, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado varias otras convenciones, declaraciones y resoluciones destinadas a proteger los derechos humanos. Entre ellas podemos mencionar: la Convención Relativa a la Situación de los Refugiados (1951, revisada en 1957), la Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer (1952), la Declaración sobre los Derechos de las Personas Mentalmente retardadas (1971), la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1976), la Convención contra la Tortura (1975) y la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación Basadas en Religión o Creencias (1981). A algunas de ellas nos referimos en este capítulo.

La Convención establece una Corte Europea de Derechos Humanos que tiene su sede en Estrasburgo. Un Protocolo que reestructuró la Corte entró en vigencia en 1998.

La Corte funciona normalmente en Salas de siete jueces. Sin embargo, si el asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación de la Convención o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada con anterioridad por la Corte, la Sala podrá inhibirse en favor de la Gran Sala, compuesta de 17 jueces.

Asuntos entre Estados. Toda Alta Parte Contratante podrá someter a la Corte cualquier incumplimiento de lo dispuesto en la Convención o en sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante.

Demandas individuales. También la Corte podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación, por una Alta Parte Contratante, de los derechos reconocidos en la Convención o sus Protocolos. En cualquier caso, la Parte cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones y a participar en la vista de la causa.

Declarada admisible una demanda, la Corte procederá al examen contradictorio del caso y se pondrá a disposición de los interesados para llegar a un arreglo amistoso.

Si no se llega a arreglo, la Corte pronuncia sentencia. Las sentencias serán definitivas. Las Partes se comprometen a acatarlas en los juicios en que sean partes. El Consejo de Ministros del Consejo de Europa velará por su ejecución.

Si la Corte declara que ha habido una violación de la Convención o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, la Corte concederá a la parte perjudicada una satisfacción equitativa.

Opiniones consultivas. La Corte podrá emitir *opiniones consultivas*, a solicitud del Consejo de Ministros, acerca de cuestiones

jurídicas relativas a la interpretación de la Convención o de sus Protocolos.

El caso sobre la educación sexual en las escuelas danesas

En 1970 Dinamarca dictó una ley que introdujo la educación sexual en las escuelas primarias públicas del país. La enseñanza sexual se integraría a las materias escolares obligatorias.

Algunos padres de familia consideraron que la nueva legislación, al hacer virtualmente obligatoria la enseñanza sexual, era contraria a sus convicciones cristianas y al artículo 2º del Protocolo Adicional N° I, de 20 de marzo de 1952, según el cual el Estado debe respetar el derecho de los padres a asegurar la educación y enseñanza de sus hijos "conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas."

Por ello impugnaron la nueva ley ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, la cual sometió el caso a la Corte.

La Corte, en su sentencia de 7 de diciembre de 1976, expresó que el artículo 2º del Protocolo Adicional tendía a que el Estado, al cumplir sus funciones en materia de educación y de enseñanza, cautelara que las informaciones o conocimientos que figuraban en el programa fueran impartidos de manera objetiva, crítica y pluralista, sin fines de adoctrinamiento que violaran las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. La legislación impugnada, sostuvo la Corte, no excedía este límite y, por tanto, no era contraria al artículo 2º del Protocolo Adicional N° I.

El caso de los olores pestilentes

En julio de 1988 una sociedad anónima construyó en la ciudad de Lorca (Murcia) una planta depuradora de aguas residuales, a escasos metros de una casa habitada por la señora López Ostra. La planta produjo emanaciones de gas y olores pestilentes o contaminantes que provocaron problemas de salud a numerosos habitantes de la ciudad, en particular a los que vivían en el barrio de la señora López.

La señora López interpuso recursos ante diversos órganos administrativos y tribunales españoles. No tuvo éxito. Decidió entonces

recurrir ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. La Comisión remitió el caso a la Corte.

La Convención Europea de Derechos Humanos no contiene disposición expresa que garantice el derecho a un medio ambiente sano. Sin embargo, la Corte, basándose en el artículo 8.1 de la Convención, según el cual toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar y de su domicilio, consideró que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio, perjudicando así su vida privada y familiar.

La Corte decidió que España había violado en la especie el artículo 8º de la Convención al no haber logrado un justo equilibrio entre el interés de la ciudad, de disponer de una planta depuradora, y el disfrute efectivo por la señora López de su domicilio y de su vida privada y familiar. La Corte condenó a España a indemnizar a la reclamante.

LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica") fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Son partes en la Convención 25 Estados, entre ellos Chile, que la ratificó el 21 de agosto de 1990.

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos civiles y políticos que ella consagra y a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Entre los derechos civiles y políticos la Convención consagra el derecho a la vida, el derecho a la integridad y a la libertad personal, la libertad de pensamiento y expresión, las garantías judiciales y los derechos políticos.

Dos son los órganos que establece la Convención para cautelar su cumplimiento: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Esta Comisión se compone de siete miembros elegidos a título personal que deben ser personas de alta autoridad moral y de reconocida versación en materia de derechos humanos. La Comisión tiene su sede en Washington D.C.

¿Quiénes pueden recurrir ante la Comisión?

a) Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más de los Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión denuncias o quejas en contra de un Estado parte, incluso el propio, por violación de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

Para que la denuncia sea admisible debe cumplir con ciertos requisitos. Uno de ellos es que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, a menos que tales recursos no existan o sean inadecuados.

b) Un Estado parte puede recurrir a la Comisión en contra de otro Estado parte por violación de los derechos humanos consagrados en la Convención si ambos Estados -denunciante y denunciado- han reconocido la competencia de la Comisión para recibir y examinar denuncias estatales.¹

En presencia de una petición en contra de un Estado parte por presunta violación de derechos humanos, la Comisión puede hacer una de estas tres cosas:

- a) lograr una solución amistosa del asunto;
- b) preparar un informe sobre el caso, hacer recomendaciones y fijar un plazo dentro del cual el Estado debe remediar la situación, y
- c) someter el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre que el Estado haya aceptado o acepte la competencia o jurisdicción de la Corte.

¹ Chile reconoció la competencia de la Comisión para considerar quejas individuales el 21 de agosto de 1990.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte es un institución judicial autónoma que tiene su sede en San José de Costa Rica. Su propósito es aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados relativos a esta materia.

La Corte está integrada por siete jueces que son nacionales de los Estados miembros de la OEA. Actúan a título personal y son elegidos entre juristas de la más alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de derechos humanos.

La Corte ejerce competencia contenciosa y consultiva.

Competencia contenciosa. Esta competencia se ejerce en casos en que se alegue que uno de los Estados partes ha violado la Convención.

Sólo los Estados partes en la Convención y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. Sin embargo, la Corte sólo tiene competencia para decidir el caso si el Estado demandado y el Estado denunciante han aceptado, por convención o por declaración especial, la competencia de la Corte. Este Tribunal no tiene, pues, competencia obligatoria estatutaria. Su competencia es de carácter facultativo.¹

Los individuos, grupos de personas o entidades que no son Estados no tienen capacidad o *locus standi* para demandar ante la Corte, pero sí pueden recurrir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión puede llevar el asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado la competencia de este Tribunal.

La Comisión debe comparecer en todo caso ante la Corte.

Hasta ahora ningún Estado ha recurrido en contra de otro Estado ante la Comisión o ante la Corte. Las quejas han sido siempre presentadas por individuos o grupos de individuos ante la Comisión. Algunas de ellas han sido referidas a la Corte por la Comisión.

El procedimiento ante la Corte es de carácter contradictorio. Termina con una sentencia obligatoria y definitiva que los Estados que sean partes en el caso deben cumplir de buena fe.

¹ 17 Estados partes en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos Chile, han aceptado la competencia obligatoria de la Corte.

Competencia consultiva. Los Estados miembros de la OEA pueden consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. También pueden consultarla, en lo que les compete, los órganos de la OEA.

Por otra parte, la Corte, a solicitud de un Estado miembro de la OEA, puede dar a dicho Estado opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Las opiniones consultivas tienen valor moral, pero no son jurídicamente obligatorias.

Un caso de opinión consultiva. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte una opinión consultiva sobre si el requisito de agotar los recursos internos antes de recurrir a la Comisión se aplica a un indigente que, debido a circunstancias económicas, no es capaz de hacer uso de los recursos de su país, o a un reclamante individual que, por no poder obtener representación legal debido a un temor generalizado en los círculos jurídicos, no pudo hacer uso de los recursos que le brindaba la ley del país. La Corte declaró que en ninguno de estos casos existía la obligación de agotar los recursos internos.¹

Un caso llevado ante la Corte: El caso Velásquez Rodríguez

Este caso se originó en una denuncia presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de Honduras por el desaparecimiento en 1982 de Manfredo Velásquez Rodríguez, estudiante universitario hondureño. La Comisión sometió este asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que lo resolvió por sentencia de 29 de julio de 1988 (Serie C N° 4).

La Corte estimó que las circunstancias en que se había producido la desaparición de Velásquez coincidía con la práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas entre 1981 y 1984, y que estaba probado que el Gobierno hondureño había omitido garantizar los derechos humanos afectados por tal práctica. Aunque no se presentó

¹ OC-11/90, de 10 de agosto de 1990.

ante la Corte una prueba directa de que la desaparición de Velásquez hubiere sido obra de agentes del Gobierno hondureño, el Tribunal consideró que existía un cúmulo indiciario con suficiente entidad como para fundamentar la presunción judicial de que esta desaparición se había ejecutado dentro del marco de la práctica precedente.

La Corte resolvió por unanimidad que Honduras había violado, en perjuicio de Velásquez, derechos humanos fundamentales y que, por lo tanto, estaba obligada a pagar una justa indemnización a los familiares de la víctima. En sentencia posterior la Corte fijó el monto y la forma de esta indemnización.

En su sentencia de fondo la Corte formuló importantes pronunciamientos en materia de derechos humanos, entre ellos los siguientes:

"En la historia de la violación de los derechos humanos, las desapariciones no son una novedad. Pero su carácter sistemático y reiterado, su utilización como una técnica destinada a producir no sólo la desaparición, momentánea o permanente, de determinadas personas, sino también un estado generalizado de angustia, inseguridad y temor, ha sido relativamente reciente. Aunque esta práctica posee carácter más o menos universal, en América Latina ha presentado en los últimos años una excepcional intensidad."

"Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana."

"El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado."

"La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos."

"En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona... Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares..."

"El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieren aplicar las sanciones correspondientes a los individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance."

"La Corte tiene la convicción, y así lo ha dado por probado, de que la desaparición de Manfredo Velásquez fue consumada por personas que actuaron bajo la cobertura de una función pública. Pero aunque no hubiera podido demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado se haya abstenido de actuar..., lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según la cual estaba obligada a garantizar a Manfredo Velásquez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos."

En 1984 la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. La Convención trata de que se sancione la tortura que sea infligida "por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".

Dispone la Convención que todo Estado parte adoptará medidas eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, como amenaza de guerra, inestabilidad política interna, o una orden superior, como justificación de la tortura.

Todo Estado parte velará porque los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal y los castigará con penas adecuadas. Además establecerá su jurisdicción en los siguientes casos: a) cuando el delito se cometa en su territorio; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Además, todo Estado parte establecerá su jurisdicción sobre los delitos de tortura cuando el presunto delincuente se halle en su territorio y no conceda la extradición a ninguno de los Estados comprendidos en las categorías anteriores. *Aut dadere, aut judicare* (o entrega o juzga).

Los Estados partes en la Convención se comprometen a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

También los Estados Americanos adoptaron una Convención contra la Tortura en 1986.

La tortura tiende a ser considerada como un crimen internacional. En el caso *Filartiga v. Peña-Izala* (1980) un tribunal norteamericano sostuvo que, en virtud del derecho consuetudinario, "la tortura oficial está ahora prohibida por el derecho de gentes" y que "el torturador ha pasado a ser -como el pirata y el tratante de esclavos anteriormente- *hostis humani generis*, enemigo del género humano."

En el caso de la extradición del Senador Augusto Pinochet, el Comité Judicial de la Cámara de los Lores declaró el 24 de marzo de 1999, que "la tortura es un crimen internacional respecto del cual el derecho internacional y la Convención contra la Tortura han dado jurisdicción universal a todos los tribunales, dondequiera que el crimen ocurra".

CRÍMENES CONTRA LA PAZ, CRÍMENES DE GUERRA
Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Existen violaciones del derecho internacional que, por su gravedad, su crueldad y el menosprecio por la vida humana que revelan, tienen carácter *criminal* y no sólo comprometen la responsabilidad del Estado al cual son atribuibles sino también la responsabilidad de los individuos que las cometieron. Se llaman crímenes contra el derecho internacional.

Las normas relativas a esta clase de crímenes adquirieron gran desarrollo desde la Segunda Guerra Mundial, debido principalmente a las agresiones cometidas por la Alemania nazi en contra de otros países y a los crímenes perpetrados por ella, tanto en territorio germano como en los países ocupados: exterminación masiva de seres humanos, en especial judíos, en cámaras de gases; experimentos médicos con personas vivas, deportaciones, fusilamiento de rehenes, entre otros.

Al término de la guerra, las Potencias Aliadas establecieron un tribunal militar internacional en la ciudad alemana de Nuremberg para juzgar a los grandes criminales de guerra de las potencias europeas del Eje. También se constituyó en Tokio otro tribunal destinado a juzgar a los grandes criminales de guerra del Lejano Oriente.

Los principios formulados en las Cartas de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio y en las sentencias que ellos dictaron fueron más tarde reafirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas y enunciados por la Comisión de Derecho Internacional. Ellos son parte del derecho internacional positivo.

Las Cartas de Nuremberg y de Tokio distinguieron tres clases de crímenes:

- Crímenes contra la paz: preparar, iniciar o llevar a cabo una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o seguridades; o participar en una conspiración para ello.

- Crímenes de guerra: son violaciones graves de las leyes y costumbres de la guerra, tales como el asesinato de prisioneros de guerra, el asesinato de rehenes, la destrucción injustificada de ciudades, etc.

- Crímenes contra la humanidad: asesinato, exterminación, reducción a la esclavitud, deportación y todo acto inhumano cometido contra poblaciones civiles, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos.

El derecho internacional establece importantes principios en relación con esta clase de crímenes:

En primer lugar, no sólo es responsable de ellos el Estado al cual son atribuibles sino también las personas que los ordenaron o ejecutaron. El hecho de que una persona haya cometido u ordenado cometer el crimen en calidad de jefe de Estado o de alto funcionario no lo exime de responsabilidad. Un jefe de Estado o Ministro que ordena el exterminio de una minoría racial en hornos crematorios, o un comandante de submarino que ordena disparar en contra de náufragos de un buque mercante, responden *personalmente* de estos crímenes internacionales, sin perjuicio de la responsabilidad de su propio Estado. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que juzgó a los grandes criminales de guerra alemanes, dio clara expresión a esta idea:

"Ha sido reconocido durante mucho tiempo que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los individuos lo mismo que a los Estados... Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometieron tales crímenes pueden ejecutarse las disposiciones del derecho internacional... El principio de derecho internacio-

nal que, bajo ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede ser aplicado a actos que son considerados como criminales por el derecho internacional. Los autores de tales actos no pueden escudarse en su posición oficial para librarse del castigo en un juicio apropiado."

El Tribunal de Jerusalén, que juzgó al jerarca nazi Adolf Eichmann, reafirmó estos mismos principios en una sentencia de 11 de diciembre de 1961.

En segundo lugar, el hecho de que la legislación nacional no sancione el crimen internacional cometido no exime a los autores de su responsabilidad.

En tercer lugar, la obediencia a órdenes superiores no exime al ejecutante de ellas de su responsabilidad personal; sólo puede considerarse como circunstancia atenuante. La obediencia a órdenes superiores sólo podrá constituir una eximente en el caso de que haya sido imposible al individuo oponerse en el hecho a la orden recibida.

Los crímenes en estudio son imprescriptibles y varias legislaciones internas así lo declaran. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1968 una Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad.

LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL GENOCIDIO

Uno de los más odiosos crímenes contra la humanidad es el genocidio. El 9 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio.

La Convención fue adoptada con un fin puramente humano y civilizador. Los principios básicos que ella refleja "son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados incluso fuera de todo vínculo convencional."¹

¹ Corte Internacional de Justicia: *Reports* 1951, p. 23 y *Reports* 1997, párrafo 140.

Los derechos y obligaciones consagrados por la Convención son derechos y obligaciones *erga omnes*. La obligación que tiene todo Estado de prevenir y castigar el crimen de genocidio no está territorialmente limitada por el derecho internacional.

Los Estados partes en la Convención confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar.

La Convención caracteriza como genocidio ciertos actos perpetrados con la intención de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, la matanza de miembros del grupo, la lesión grave a su integridad física o mental, el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, las medidas destinadas a impedir nacimientos dentro del grupo y el traslado por fuerza de niños de un grupo a otro.

La Convención obliga no solamente a castigar el genocidio sino también los actos de asociación, instigación, tentativa y complicidad para cometerlos, y dispone que la sanción debe alcanzar a los gobernantes, funcionarios y particulares responsables de este crimen.

Para el juzgamiento de los responsables la Convención prevé el juicio ante el tribunal competente del Estado en cuyo territorio se haya cometido el acto o ante el tribunal penal internacional que sea competente respecto de los Estados partes que hayan reconocido su jurisdicción. Este tribunal penal no ha sido establecido, y es previsible que la tentativa para crearlo suscite resistencias de parte de los Estados.

En la Convención las partes contratantes se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de sus disposiciones, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de los demás actos asociados a este crimen. La Convención de Genocidio es pues, non-self-executing, ya que cada Estado contratante debe dictar la legislación necesaria para prevenir y sancionar los actos constitutivos de genocidio. Hasta ahora, pocos países han dictado esta legislación. Al parecer, otros Estados han estimado que su legislación general ya contiene normas para prevenir y sancionar el delito. Esta es una mala evasiva. Es conveniente que cada Estado adopte medidas legislativas y administrativas especiales, que vayan más allá de su legislación

ordinaria, para prevenir y sancionar ejemplarmente un crimen tan grave. Este es también el propósito de la Convención.

LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL

Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965. Su Preámbulo declara que "toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa."

La Convención tiende a condenar y a eliminar prácticas tales como la segregación racial, el *apartheid* y el antisemitismo.

Los Estados partes en la Convención condenan la discriminación racial y se obligan a adoptar una serie de medidas, tales como declarar como acto punible toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, así como los actos de violencia contra cualquier raza o grupo de otro color u origen étnico, y a declarar ilegales las organizaciones y actividades que promuevan la discriminación racial.

LA REPRESION DEL TERRORISMO

En general, el terrorismo es el empleo de la violencia en contra de la vida de las personas o de su integridad física con fin de crear un sentimiento general de intimidación que facilite el logro de ciertos objetivos.

El terrorismo, señala Gillaume, se caracteriza porque las víctimas no son elegidas en tanto que individualidades sino al azar o como símbolos. Quienes emplean esta forma de combate esperan generalmente obtener de los gobiernos o de las opiniones públicas ciertas concesiones o actitudes favorables a sus tesis.¹

No existe un tratado o convención *universal* para la represión del terrorismo, pero los Estados han tratado de cooperar en este campo mediante el intercambio de información policial, la fijación de pautas

¹ "Terrorisme et droit international", en *Recueil des Cours*, t. 215 (1989-III), p. 306.

de acción comunes respecto de los países que estimulan el terrorismo y la celebración de tratados para la persecución y la extradición de los terroristas culpables de ciertas infracciones.

Dos convenciones importantes son la de La Haya, para la Represión de Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1963, y la de Montreal, de 1971, sobre la Represión de Actos Ilícitos contra de la Seguridad de la Aviación Civil. En 1973 se adoptó una Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos, y en 1979 una Convención Internacional contra la Toma de Rehenes. Estos instrumentos hacen obligatoria la represión de las infracciones y obligan a los Estados a sancionar a sus autores o a conceder su extradición. En 1988, después que terroristas capturaran el buque italiano *Achille Lauro*, asesinaran a uno de sus pasajeros y lo lanzaran al mar, se adoptó en Roma una Convención para la Represión de Actos Ilícitos en contra de la Seguridad de la Navegación Marítima. Estas y otras convenciones análogas no contemplan el terrorismo como tal sino las infracciones específicas que definen.

En 1977 se adoptó, en el marco del Consejo de Europa, una Convención Europea para la Represión del Terrorismo que facilita la extradición de sus autores y limita los casos en que se puede invocar la excepción de "delito político" para eludir la extradición. Varios Estados aceptaron esta Convención con reservas que limitan su alcance.

Además de estas medidas internacionales, algunos Estados, como el Reino Unido y los Estados Unidos, han promulgado leyes en contra del terrorismo.

La lucha contra este flagelo se ha dificultado porque algunos Estados practican o estimulan el terrorismo ("terrorismo de Estado") o consideran legítimo su empleo para ciertos fines de carácter "político."¹

¹ Las Naciones Unidas no han logrado adoptar una convención general en contra del terrorismo en todas sus formas. La Asamblea General sólo ha aprobado resoluciones que lo condenan, pero ha debilitado su alcance al declarar la legitimidad de las luchas de "liberación nacional".

La Corte Internacional de Justicia ha declarado recientemente:

"En el curso de las edades, el hombre ha intervenido constantemente en la naturaleza por razones económicas y de otra índole. En el pasado lo ha hecho a menudo sin tomar en cuenta los efectos sobre el medio ambiente. Frente a las nuevas perspectivas que ofrece la ciencia y a una conciencia creciente de los riesgos que la continuación de tales intervenciones a un ritmo inconsiderado y sostenido representaría para la humanidad —se trate de generaciones actuales o futuras—, se han desarrollado nuevas normas y exigencias, las cuales han sido enunciadas en gran número de instrumentos en el curso de los dos últimos decenios. Estas nuevas normas deben ser tomadas en consideración y esas nuevas exigencias convenientemente apreciadas, no sólo cuando los Estados contemplan nuevas actividades, sino cuando continúan actividades comenzadas en el pasado. El concepto de desarrollo sostenido traduce bien esta necesidad de conciliar el desarrollo económico y la protección del medio ambiente."¹

Las iniciativas modernas para la protección del medio ambiente datan de la Declaración de la Conferencia de las Naciones sobre el Medio Ambiente, de 1972, llamada Declaración de Estocolmo, la cual proclama el derecho del hombre "a condiciones de vida satisfactorias, en un medio ambiente cuya calidad le permita vivir en dignidad y bienestar." La Declaración expresa:

"Conforme a la Carta de las Naciones Unidas y a los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según su política de medio ambiente y tienen el deber de hacerlo de manera que las actividades ejercidas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente en los demás Estados o en las regiones que no están sometidas a una jurisdicción nacional."

¹ Caso del Proyecto *Gabčikovo-Nagymaros* (Hungría / Eslovaquia). *Reports* 1997, p. 78.

La Conferencia de Estocolmo creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), con sede en Nairobi (Kenya), encargado de la elaboración y ejecución de proyectos y de organizar reuniones tendientes a proteger el medio ambiente.

La base del derecho del medio ambiente es que todos sus elementos (aire, agua, suelo, recursos naturales, fauna y flora) deben ser protegidos en beneficio de las generaciones futuras.

Esta rama del derecho internacional ha tomado creciente impulso por una sucesión dramática de catástrofes ecológicas, tales como el desastre nuclear de Chernobyl (1986), el vertimiento accidental de petróleo en el mar, la destrucción de los bosques tropicales y el debilitamiento de la capa de ozono que existe alrededor de la Tierra por ciertos gases provenientes de actividades industriales.

Para prevenir y combatir la contaminación se han adoptado varias convenciones internacionales relativas a materias tales como la contaminación del mar por hidrocarburos, el vertimiento de desechos, la contaminación por buques, la protección del medio marino antártico y la protección de la capa de ozono.

En 1992 se reunió en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. La Conferencia adoptó una Declaración que enuncia diversos principios programáticos.

El derecho internacional contemporáneo ha elaborado algunos principios generales para la protección del medio ambiente. En el caso sobre la *Legalidad de la Amenaza o del Empleo de las Armas Nucleares*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que

"el medio ambiente no es una abstracción, sino el espacio en que viven los seres humanos y del cual dependen la calidad de su vida y su salud, incluyendo las de generaciones futuras. La obligación general que tienen los Estados de asegurar que las actividades ejercidas dentro de los límites de su jurisdicción o bajo su control respeten el medio ambiente de otros Estados o de zonas que no dependen de alguna jurisdicción nacional forma ahora parte del derecho internacional del medio ambiente."¹

¹ Reports 1996, párrafo 29.

Esta obligación requiere que antes de que un Estado emprenda una actividad susceptible de tener efectos sensibles sobre el medio ambiente de otro Estado transmita a este último el proyecto respectivo y que, si el gobierno notificado lo solicita, se realicen consultas entre ambos gobiernos.

En el dominio del medio ambiente la vigilancia y la protección se imponen en razón del carácter a menudo irreversible de los daños causados y de las limitaciones inherentes a la reparación de este tipo de daños.

Los problemas ambientales han pasado a vincularse con otras ramas del derecho internacional, tales como las relativas a los derechos humanos, el trabajo, los conflictos armados y el desarrollo económico.

EL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Paralelamente al derecho convencional se ha ido desarrollando un derecho consuetudinario de los derechos humanos que tiene su base en la práctica y en la convicción jurídica de los Estados.

Un texto de carácter doctrinal que enuncia los actos que constituirían violaciones del derecho consuetudinario de los derechos humanos es el *Restatement of the Law (Third)*, redactado por *The American Law Institute*. Su párrafo 702 expresa:

"Un Estado viola el derecho internacional si, como política estatal, practica, estimula o condona:

- a) el genocidio,
- b) la esclavitud o la trata de esclavos,
- c) el asesinato o el causar la desaparición de individuos,
- d) la tortura u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes,
- e) la detención arbitraria prolongada,
- f) la discriminación racial sistemática, o
- g) un cuadro persistente de violaciones graves de derechos humanos internacionalmente reconocidos."

Los actos enumerados constituyen violaciones del derecho consuetudinario de los derechos humanos sólo si han sido practicados, estimula-

dos o condonados por el gobierno de un Estado como *política oficial*.

El derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos impone a los Estados obligaciones hacia todos los demás Estados de la comunidad internacional (*erga omnes*), de manera que cualquier Estado puede reclamar contra otro por la infracción cometida. Sin embargo, en el hecho, los Estados sólo reclaman cuando las personas afectadas son nacionales suyos, personas sometidas a su jurisdicción, o minorías con las cuales tienen vínculos étnicos, religiosos o de otra índole.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

En 1998 una conferencia diplomática reunida en Roma aprobó el Estatuto de una Corte Penal Internacional. Para que el Estatuto entre en vigor se requieren ratificaciones o adhesiones de 60 Estados.

La Corte será una institución permanente, facultada para ejercer jurisdicción sobre *personas* respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. Tendrá su sede en La Haya (Países Bajos).

La Corte tendrá competencia respecto de los siguientes crímenes: el crimen de *genocidio*; los crímenes de *lesa humanidad*, tales como la esclavitud y la tortura sistemática contra una población civil; los *crímenes de guerra* y el crimen de *agresión*. Esta competencia comprende únicamente los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto.

En principio, la Corte podrá ejercer su competencia si son Partes en el Estatuto el Estado en cuyo territorio el crimen ha sido cometido o el Estado del cual sea nacional el acusado del mismo.

La Corte podrá ejercer su competencia a iniciativa de un Estado Parte, del Fiscal o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El cargo oficial de una persona no la exime de responsabilidad; tampoco, en principio, la excusa de órdenes superiores. Los crímenes de la competencia de la Corte son imprescriptibles.

La Corte puede imponer penas de reclusión, multa y comiso. La reclusión se cumplirá en el Estado que la Corte fije.

LA JURISDICCION DEL ESTADO

Una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial es la jurisdicción, es decir, la administración de justicia civil y criminal por los tribunales del Estado.

La legislación de cada Estado, determina la extensión de la jurisdicción de sus tribunales en *materia civil*; el derecho internacional impone un límite muy general al Estado para que pueda ejercer jurisdicción civil: debe existir un "vínculo razonable" entre dicho Estado y la persona o cosa sujeta a dicha jurisdicción, como, por ejemplo, que la persona o cosa se encuentre en el territorio del Estado, que la persona sea nacional suyo, que si se trata de una persona jurídica ésta haya sido organizada de acuerdo con las leyes de ese Estado.

En materia de jurisdicción *criminal* la discreción del Estado está más limitada: el derecho internacional establece ciertos límites al ejercicio de esta jurisdicción y el Estado debe ceñirse a ellos. Si el Estado respeta estos límites, tiene una base o título de jurisdicción válido; si los excede, comete un acto internacionalmente ilícito que compromete su responsabilidad.

Las reglas que delimitan la esfera de jurisdicción de los Estados no son rígidas, sino les dejan a cierta latitud. Sin embargo, el derecho internacional impone a los Estados la obligación de ejercer moderación y mesura en cuanto a la extensión de su jurisdicción, y la de evitar interferencias indebidas en la jurisdicción de otro Estado cuando ésta está mejor fundada o pueda ser ejercida de manera más apropiada.¹

¹ Juez Fitzmaurice, en el caso de la *Barcelona Traction*, segunda fase. *Reports* 1970, p. 105.

Los principios invocados como base o título de jurisdicción por los Estados son los siguientes:

- el principio de la territorialidad.
- el principio de la nacionalidad.
- el principio de la protección.
- el principio de la personalidad pasiva, y
- el principio de la universalidad.

1 EL PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD

Este principio es universalmente aceptado y constituye la base de jurisdicción más importante. En virtud de este principio, todo Estado puede sancionar tanto a sus nacionales como a los extranjeros por delitos cometidos dentro de su territorio. A veces, un delito puede comenzarse dentro de un Estado y completarse dentro de otro Estado; ejemplo típico: una persona dispara desde Estados Unidos a Canadá, a través de la frontera y mata a alguien que se encuentra en territorio canadiense. En tal caso, ambos países tienen jurisdicción para juzgar el hecho.

El artículo 1º del Código de Procedimiento Penal de Chile establece como principio general el de la territorialidad:

"Los tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los chilenos y sobre los extranjeros para el efecto de juzgar los delitos que se cometan en su territorio, salvo los casos exceptuados por leyes especiales, tratados o convenciones internacionales en que Chile es parte o por las reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional."

Las "reglas generalmente reconocidas del Derecho Internacional", a que se refiere esta disposición, son aquellas que establecen las llamadas inmunidades de jurisdicción de que gozan los agentes diplomáticos y otros representantes extranjeros.

2 EL PRINCIPIO DE LA NACIONALIDAD

También el derecho internacional reconoce a los Estados el derecho de ejercer jurisdicción criminal sobre sus nacionales por actos sanciona-

dos por su ley penal y cometidos fuera de su propio territorio. En la práctica, los Estados someten a su jurisdicción criminal sólo ciertos delitos cometidos por sus nacionales en el extranjero.

Así, el Código Orgánico de Tribunales de Chile somete a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos cometidos en el extranjero por un agente diplomático o consular de la República en el ejercicio de sus funciones, la malversación de caudales públicos cometidos en el extranjero por funcionarios públicos chilenos, etc. (artículo 6º).

El artículo VIII del Tratado Antártico hizo una aplicación novedosa del principio de la nacionalidad. Según esta disposición, los observadores y el personal científico, así como sus acompañantes, estarán sometidos sólo a la jurisdicción de la Parte Contratante de la cual sean nacionales, en lo relativo a las acciones u omisiones que tengan lugar mientras se encuentran en la Antártida con el fin de ejercer sus funciones.

3 EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN

El derecho internacional permite a un Estado sancionar ciertos actos cometidos fuera de su territorio por extranjeros, siempre que dichos actos afecten importantes intereses nacionales, como la seguridad y el crédito financiero del Estado.

Así, el Código Orgánico de Tribunales de Chile somete a la jurisdicción chilena la falsificación de moneda nacional y de documentos de crédito del Estado cometida fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros (artículo 6º).

4 EL PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD PASIVA

El principio de la personalidad pasiva afirma que un Estado tiene jurisdicción sobre actos criminales cometidos fuera de su territorio por un extranjero si la víctima del acto es nacional de ese Estado.

Algunos países, como Italia y Turquía, reclaman jurisdicción sobre la base de este principio. Otros Estados, como Gran Bretaña, lo han objetado.

★ Se está aceptando crecientemente este principio para reprimir las actividades terroristas y otros ataques organizados en contra de nacionales de un Estado en razón de la nacionalidad de éstos, y para sancionar el asesinato de representantes diplomáticos u otros funcionarios del Estado.

El principio también ha sido aceptado por *tratado* respecto de la tortura y otros delitos graves.¹

El caso del Lotus

El principio en estudio se discutió en el caso del *Lotus* entre Francia y Turquía. Los hechos fueron los siguientes: En la medianoche del 2 de agosto de 1926 se produjo en alta mar una colisión entre el buque francés *Lotus* y el carbonero turco *Boz-Kourt*. A consecuencia de ella, el *Boz-Kourt* se hundió y perecieron ocho de sus tripulantes, todos de nacionalidad turca. El *Lotus* siguió viaje a Constantinopla, donde el oficial de vigía del *Lotus*, teniente Demons, y el capitán del *Boz-Kourt* fueron procesados y condenados por un tribunal turco. Este tribunal ejerció jurisdicción sobre Demons sobre la base de una disposición contenida en el Código Penal turco que le atribuía competencia para juzgar a un extranjero que cometiera un delito en el extranjero en perjuicio de Turquía o de un súbdito turco. El Gobierno francés negó la validez de esta disposición en derecho internacional. Ambos Gobiernos decidieron someter el diferendo a la Corte Permanente de Justicia Internacional para que decidiera si Turquía, al procesar y condenar al oficial francés, había actuado en contravención a los principios de derecho internacional.

La sentencia de la Corte no se pronunció sobre la validez internacional de la disposición del Código Penal turco sino que, *asimilando el Boz-Kourt a territorio turco*, declaró que ninguna regla de derecho internacional prohibía a Turquía juzgar un hecho

¹ The American Law Institute, *Restatement of the Law*, vol. I (1987), p. 243.

cuyos efectos se habían producido en territorio turco. Sin embargo, diversos jueces declararon que el principio que informaba la disposición del Código Penal turco era contrario al derecho internacional.

El principio en estudio puede producir resultados objetables, como si el Estado A sancionara por bigamia a un ciudadano del Estado B, en que la bigamia no es delito, por haberse casado por segunda vez en B, estando ya casado con una ciudadana de A.

5 EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD

Este principio confiere competencia al Estado en cuyo territorio se encuentra el autor del delito, cualquiera que sea el lugar en que se cometió el acto o la nacionalidad de su autor.

Se aplica este principio para sancionar ciertos actos graves cuya represión interesa a la comunidad internacional. El derecho internacional permite a todo Estado enjuiciar a una persona acusada de tales hechos y sancionarla conforme a su ley por sus tribunales.

El derecho internacional tradicional conocía un solo caso sometido a la competencia universal: la piratería. Todo Estado podía apresar en alta mar a un buque pirata y sancionar a los responsables de actos de piratería.

El derecho internacional contemporáneo autoriza la competencia universal para juzgar crímenes contra la humanidad, como el genocidio y los crímenes de guerra.

Por otra parte, los Estados han celebrado tratados reconociéndose mutuamente jurisdicción, sobre bases múltiples, para juzgar ciertos delitos graves definidos en el respectivo tratado. Entre estos delitos se pueden mencionar los cometidos en contra de personas internacionalmente protegidas, la "piratería aérea", la tortura, la toma de rehenes y el terrorismo.

Estos tratados *obligan* a los Estados contratantes a establecer su jurisdicción para juzgar estos delitos en los casos que indican: si el delito ha sido cometido en su territorio o en uno de sus buques o aeronaves, si el presunto culpable o la víctima son nacionales de ese Estado, si el presunto culpable es hallado en el territorio de ese Estado, etc.

Según estos tratados si el país en que se encuentra el presunto culpable no lo somete a sus tribunales, debe extraditarlo a otro país que tenga competencia para juzgarlo en virtud del tratado. Es el viejo adagio: *aut dedere, aut judicare* (o entrega o juzga). La finalidad de estos tratados es que el presunto delincuente no pueda hallar refugio seguro en ningún Estado.

Para evitar el caos jurisdiccional que podría suscitar el ejercicio de competencia por parte de varios Estados, respecto de una misma persona, se ha convenido establecer una Corte Penal Internacional encargada de enjuiciar a las personas acusadas de crímenes graves de trascendencia internacional cuando no han sido debidamente juzgadas por sus tribunales nacionales (ver p. 218).

JURISDICCIÓN MARÍTIMA Y AÉREA

Además de los títulos de jurisdicción basados en los principios mencionados, el derecho internacional atribuye jurisdicción a un Estado sobre los hechos ocurridos a bordo de un buque o de una aeronave de su nacionalidad, en las condiciones que se estudiarán en los capítulos XVI y XVIII.

* * *

Teniendo un título o una base de jurisdicción, un Estado puede enjuiciar, por medio de sus tribunales, a una persona sometida a esa jurisdicción. Si la persona se encuentra físicamente dentro del territorio del Estado, no hay problema: el Estado puede enjuiciarla y, si fuere condenada, aplicarle la pena.

La situación es diferente cuando la persona respecto de la cual un Estado A pretende ejercer jurisdicción criminal se encuentra en el territorio de otro Estado B. En este caso, el Estado A puede juzgarla en ausencia y dictar sentencia en su contra; también puede ejecutar una sentencia que imponga penas pecuniarias en los bienes que el reo tenga en el Estado A. Lo que el Estado A no puede hacer es ejercer, por medio de sus funcionarios o agentes, actos de jurisdicción o medidas coercitivas respecto del acusado dentro del Estado B

sin el previo consentimiento y cooperación de B. Le están prohibidos al Estado A actos tales como constituir tribunales, practicar arrestos, interrogar testigos, trabar embargos y ejecutar penas en el Estado B sin obtener previamente el consentimiento y la cooperación de B. La realización no autorizada de tales actos constituye una violación de la soberanía territorial del Estado en que se efectúan.

Ahora bien, si el Estado A desea tener a su disposición a la persona acusada o condenada para enjuiciarla ante sus propios tribunales o para aplicarle la pena, podrá solicitar su extradición al Estado B. Si este último rehusa la extradición —y puede hacerlo a falta de tratado—, el Estado A deberá esperar tranquilamente que el reo regrese a su propio territorio... ¡antes de que estén prescritas la acción penal y la pena!

ENJUICIAMIENTO DE UNA PERSONA TRAÍDA IRREGULARMENTE ANTE LOS TRIBUNALES

Ha habido casos de personas traídas ante los tribunales de un Estado por medios irregulares o en violación del derecho internacional. Por ejemplo, la persona ha sido secuestrada por agentes de dicho Estado en el territorio de otro Estado.

En general, los tribunales nacionales ante los cuales las personas han sido traídas en forma irregular han considerado que *no* pierden su jurisdicción por esta circunstancia y que pueden enjuiciar y sancionar al acusado. La irregularidad que permitió traer al acusado ante la justicia local sólo podría crear un problema en el plano internacional, entre Estado y Estado, pero no privaría al tribunal de su jurisdicción.

En 1992 la Corte Suprema de los Estados Unidos, basándose en precedentes análogos, declaró que los tribunales norteamericanos tenían jurisdicción para juzgar a un médico mexicano por el secuestro y asesinato de un agente anti-narcóticos norteamericano y de su piloto, a pesar de que el acusado había sido secuestrado en territorio mexicano y llevado a los Estados Unidos. Esta decisión motivó votos disidentes

de tres magistrados de la Corte y una reacción adversa en países de América Latina.

LA EXTRADICIÓN

La extradición es la entrega que hace un Estado de una persona que se encuentra en su territorio, a otro Estado que la reclama a fin de juzgarla o de aplicarle una pena.

El Estado que solicita la entrega del fugitivo se llama "Estado requiriente"; el Estado donde esta persona se encuentra se denomina "Estado requerido".

La extradición es la forma más antigua y eficaz de colaboración internacional represiva. Ella impide que un individuo perseguido o condenado en un país pueda sustraerse a la justicia de ese país dirigiéndose al extranjero.

Un Estado no está obligado a conceder la extradición de una persona que se encuentra en su territorio. Solamente tiene esta obligación si está vinculado por un tratado de extradición con el Estado requiriente y si la extradición es procedente de acuerdo con dicho tratado. Sin embargo, algunas legislaciones internas *permiten* conceder la extradición aun a falta de tratado, bajo las condiciones que señalan (la reciprocidad, por ejemplo).

La extradición se concede respecto de delitos graves, como asesinato, incendio, malversación de caudales públicos. Los delitos que motivan la extradición se contemplan en el tratado respectivo.

Los llamados "delitos políticos", como la sublevación, la traición y los fraudes electorales, no dan lugar a la extradición. No se está reconociendo carácter político a hechos graves de violencia, tales como el terrorismo y la piratería aérea, aun si están inspirados en móviles políticos.

Uno de los principios consagrados en los tratados y en las legislaciones es el de los efectos especiales de la extradición; la persona entregada sólo puede ser juzgada y sancionada por aquellos delitos respecto de los cuales la extradición fue solicitada y concedida.

Un principio que figura en muchos tratados y legislaciones dispone que no procede la extradición de los propios nacionales. Así, por

ejemplo, la ley francesa de 1927 es imperativa: sólo se puede entregar a las personas que no tengan la nacionalidad francesa. En cambio, otros países, como los Estados Unidos, Gran Bretaña y Chile, admiten en sus leyes y convenciones la extradición de sus propios nacionales, aunque a veces la subordinan a la reciprocidad. La Convención Europea de Extradición (1957) permite denegar la extradición de los propios nacionales.

La solicitud de extradición se presenta por la vía diplomática y debe ir acompañada de copia autorizada del proceso o de la sentencia condenatoria.

Las autoridades del país requerido —generalmente los tribunales— deben examinar la solicitud y determinar si la extradición es procedente en conformidad a la ley interna o a la convención de extradición. En cambio, no deben proceder a un examen detallado de los cargos ni de la culpabilidad del acusado; bastará que aprecien *grosso modo* la suficiencia de los cargos.

En Chile la extradición se encuentra regida por los artículos 635 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

INMUNIDADES DE JURISDICCIÓN

Hay ciertas categorías de entidades y de personas que, según el derecho internacional, están exentas de la jurisdicción del Estado en que se encuentran. Las principales de estas categorías son las siguientes:

- los Estados extranjeros (inmunidad soberana),
- las fuerzas armadas extranjeras,
- los agentes diplomáticos extranjeros y otros órganos o representantes, y
- las organizaciones internacionales y sus funcionarios.

La inmunidad del Estado (inmunidad soberana)

Según un principio bien establecido en derecho internacional, los tribunales de un Estado no pueden ejercer jurisdicción respecto de otro

Estado: *par in parem non habet jurisdictionem*. Este principio es consecuencia de la independencia de los Estados.

Los Estados extranjeros gozan pues, de *inmunidad de la jurisdicción local*. Esta inmunidad se extiende también a las entidades públicas nacionales que cumplen funciones estatales, como los Bancos Centrales.

La antigua práctica de los tribunales internos admitía la inmunidad absoluta de los Estados extranjeros, pero a medida que los Estados fueron emprendiendo y monopolizando actividades que antes estaban entregadas a la iniciativa privada, como el comercio, los correos y los ferrocarriles, se fue restringiendo el alcance de esta inmunidad.

Según la moderna concepción, que presenta variaciones de matices, la inmunidad de un Estado extranjero se limita a aquellos actos realizados en el ejercicio de su poder público (*jure imperii*) y no se extiende a sus actos realizados como titular de derechos privados (*jure gestionis*), como los relativos a la industria, el comercio y la navegación.

En aplicación de este criterio, los tribunales de un país no podrían conocer de una demanda de indemnización de perjuicios presentada en contra de un Estado extranjero por daños resultantes de una detención arbitraria, pero sí podrían juzgar un caso relativo al incumplimiento por parte de una empresa estatal extranjera de un contrato de venta de petróleo a una empresa local.

La tendencia hoy prevaleciente es la de *la inmunidad restringida*. Ella está consagrada en la Convención Europea sobre Inmunidad del Estado (1972) y en las leyes dictadas por Estados Unidos (*The Foreign Sovereign Immunities Act*, 1976) y por Gran Bretaña (*State Immunity Act*, 1978), dos países que durante muchos años adhirieron a la inmunidad absoluta.

La inmunidad de jurisdicción puede ser renunciada.

Los Estados extranjeros gozan también de *inmunidad de ejecución*; sus bienes no pueden ser objeto de embargos, remates judiciales u otras medidas ejecutivas. Sin embargo, no hay acuerdo sobre el alcance de esta inmunidad; la tendencia moderna sólo ampara con este privilegio a los bienes destinados a fines públicos y no a aquellos

destinados a fines comerciales. También puede renunciarse a la inmunidad de ejecución.

Es práctica habitual en las transacciones económicas entre Estados (o entidades públicas dependientes) y personas privadas extranjeras que los contratos respectivos contengan una cláusula en virtud de la cual los primeros renuncian, para los efectos del contrato, tanto a la inmunidad de jurisdicción como a la de ejecución.¹

Inmunidad de los jefes de Estado y ex jefes de Estado

Los jefes de Estado en ejercicio tienen completa inmunidad de la jurisdicción de tribunales extranjeros (*inmunidad racione personae*).

Los ex jefes de Estado sólo gozan de inmunidad respecto de los actos que hubieren realizado en el ejercicio de sus funciones (*inmunidad racione materiae*). No gozan de esta inmunidad por actos contrarios al *jus cogens*, tales como el genocidio y la tortura en gran escala.

Inmunidad de las fuerzas armadas en país extranjero

Un Estado puede tener derecho de mantener fuerzas armadas en una base situada en país extranjero, o de enviar tropas a través del territorio de otro país, con el consentimiento o la autorización del país extranjero.

La situación jurídica de estas fuerzas no está claramente definida por el derecho internacional general. En principio, estas fuerzas están exentas de la jurisdicción local respecto de actos relativos a su disciplina interna y de actos criminales cometidos dentro de la base o por miembros de estas fuerzas en ejercicio de funciones oficiales. Algunos tratados, como el Acuerdo sobre la Situación de las Fuerzas de las Partes en el Tratado del Atlántico Norte, de 1951, distribuyen la jurisdicción sobre estas tropas entre el Estado que las envía y el Estado que las recibe.

¹ Véase el decreto ley N° 2.349, de 1978 que fija normas procesales sobre renuncia de la inmunidad en los contratos internacionales del sector público

Los agentes diplomáticos gozan de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado en que se encuentran acreditados. Gozan también, con ciertas excepciones, de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa.

También tienen inmunidades de jurisdicción análogas los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Relaciones Exteriores que se encuentran en país extranjero.

Las inmunidades diplomáticas han sido extendidas a otros representantes de los Estados que se desempeñan en el extranjero: las misiones especiales, los delegados a congresos y conferencias internacionales y los delegados permanentes o especiales ante organizaciones internacionales.

Los cónsules gozan de la inmunidad de jurisdicción local sólo respecto de los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones consulares.

Nos referiremos más ampliamente a estas inmunidades en el capítulo XIX.

Inmunidad de las organizaciones internacionales

En virtud de tratados, algunas organizaciones internacionales y sus altos funcionarios gozan de inmunidades en cada uno de los Estados miembros. Un ejemplo de estos tratados es la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946./

DERECHO INTERNACIONAL DEL MAR

*"He allí el grande y anchuroso mar.
En donde se mueven seres innumerables.
Seres pequeños y grandes.
Allí andan las naves:
allí este leviatán que hiciste para que jugase en él".*

SALMOS DE DAVID, 104, 25 y 26.

INTRODUCCIÓN

El mar cubre casi dos tercios de la superficie del Globo. Desde antiguo el hombre ha navegado los mares y extraído de ellos pescado para su alimentación. La navegación es el principal medio de transporte mundial: la pesca reviste importancia para satisfacer las necesidades alimenticias de una población mundial en constante crecimiento.

El desarrollo de la ciencia y de la técnica ha dado nuevas dimensiones a la utilización de los océanos y al aprovechamiento de los recursos que contienen. En efecto, en nuestros días:

- se perfora el lecho de los mares para extraer de ellos petróleo y gas natural;
- se transportan en buques cisternas enormes cantidades de petróleo y de otras sustancias a grandes distancias con el riesgo de contaminación de vastos espacios marítimos;
- flotas pesqueras, con buques provistos de usinas, radares y frigoríficos, realizan pesca intensiva en aguas cercanas a las costas de otros países, amenazando el rendimiento óptimo y la subsistencia de ciertas especies;
- se están desarrollando técnicas para la explotación minera de los grandes fondos marinos a fin de extraer de ellos níquel, cobre y cobalto;
- se utiliza el mar como depósito de desechos industriales y nucleares;

- se realizan investigaciones en los mares con fines científicos, económicos y militares.

Hasta 1958 el derecho internacional del mar era un derecho consuetudinario complementado por tratados. En 1958 la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar adoptó cuatro importantes convenciones, a saber:

- Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua,
- Convención sobre la Alta Mar,
- Convención sobre la Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar, y
- Convención sobre la Plataforma Continental.

En 1960 se reunió en Ginebra una Segunda Conferencia sobre el Derecho del Mar para tratar de llegar a acuerdo sobre la anchura del mar territorial. Esta Conferencia, al igual que la anterior, no pudo lograr acuerdo sobre este tema.

En 1970 la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a una Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar y le señaló un nutrido temario. La Conferencia celebró varias sesiones entre 1973 y 1982, adoptando finalmente el texto de la llamada Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por 130 votos a favor, cuatro en contra (entre ellos los de Estados Unidos y Gran Bretaña) y 17 abstenciones. La Convención, abierta a la firma en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982, reflejó un *package deal* entre los Estados representados en la Conferencia.

La Convención, según expresa su Preámbulo, tuvo por finalidad establecer "un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos."

La Convención es un texto amplio que, en sus 320 artículos y nueve anexos, aborda la casi totalidad de las cuestiones relativas al derecho

internacional del mar. Ella no se limitó a reflejar reglas que formaban parte del derecho consuetudinario y de las Convenciones de 1958. También modificó normas anteriores e introdujo audaces innovaciones en el derecho del mar.

Afirma la Convención que "las normas y principios de derecho internacional general seguirán rigiendo las materias no reguladas" por ella.

La Convención establece en su parte xv un sistema para la solución pacífica de las controversias relativas a la interpretación y aplicación de ella. También contempla un Tribunal Internacional del Derecho del Mar, que tiene su sede en Hamburgo.

La Convención entró en vigor el 16 de noviembre de 1994.

LOS ESPACIOS MARÍTIMOS

Los espacios marítimos consisten en aguas o en fondos marinos. Ellos son de dos clases: espacios marítimos bajo jurisdicción nacional y espacios marítimos no sometidos a jurisdicción nacional.

Los principales espacios marítimos bajo jurisdicción nacional son los siguientes:

- aguas interiores,
- mar territorial,
- zona contigua,
- estrechos,
- zona económica exclusiva, y
- plataforma continental.

Las zonas marítimas no sometidas a jurisdicción nacional son:

- la alta mar, y
- "La Zona", es decir, los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Uno de los problemas fundamentales que presentan las zonas marítimas es el de su delimitación. A este respecto, hay que tener muy presente el principio básico enunciado por la Corte Internacional de Justicia:

"La delimitación de los espacios marítimos tiene siempre un aspecto internacional: ella no puede depender de la sola voluntad del Estado ribereño, tal como se expresa en su derecho interno. Si bien es cierto que el acto de delimitación es necesariamente un acto unilateral porque sólo el Estado ribereño tiene competencia para realizarlo, la validez de la delimitación respecto de terceros Estados depende, en cambio, del derecho internacional."¹

A. AGUAS INTERIORES

(COSTA)
Aguas interiores son aquellas situadas al interior de la línea de base del mar territorial

Comprenden: las aguas que están dentro del territorio (lagos, mares cerrados, ríos, canales), los puertos, las bahías y las aguas situadas entre la costa y la línea de base a partir de la cual se mide el mar territorial.

Las aguas interiores forman parte del territorio del Estado y están plenamente sometidas a su soberanía territorial.

PUERTOS DE MAR

Son puertos de mar los lugares habilitados de la costa en que los buques cargan o descargan mercaderías y embarcan o desembarcan pasajeros.

Un Estado puede prohibir o reglamentar el acceso de buques extranjeros a algunos de sus puertos manifestando claramente su voluntad en este sentido. A falta de prohibición, el puerto se presume abierto. La Convención de Ginebra de 9 de diciembre de 1923

¹ Caso de las *Pesquerías*. Reports 1951, p. 132.

establece, entre las partes contratantes, el doble principio de la libertad de acceso a los puertos para los buques mercantes y de la igualdad de trato a ellos.

Los buques *mercantes* surtos en puertos de un Estado extranjero se encuentran sometidos a la legislación y a la jurisdicción de dicho Estado. Sin embargo, muchos países se abstienen de ejercer esta jurisdicción en casos relativos a la disciplina interna de la nave o a hechos ocurridos entre miembros de su tripulación, a menos que en este último caso se perturbe la paz del puerto o el cónsul respectivo solicite la intervención de las autoridades locales.

Los buques de guerra que se encuentran en puertos de otro Estado están inmunes de la jurisdicción local; las autoridades no pueden entrar al buque sin permiso de su capitán, y los tribunales locales no pueden ejercer jurisdicción sobre las personas que se encuentran a bordo ni decretar medidas respecto de la nave.

La situación de los oficiales y de los tripulantes de los buques de guerra que bajan a tierra no está libre de dudas. La práctica común es sustraerlos a la jurisdicción local si están en tierra vestidos de uniforme y en función oficial que tenga relación con el servicio del buque. En caso de transgresiones menores, lo usual es que las autoridades locales entreguen los infractores al comandante del buque.

BAHÍAS

Las bahías bordeadas por un solo Estado cuya entrada no excede de 24 millas pueden ser encerradas por una línea trazada entre los puntos naturales de entrada (línea de cierre); las aguas que quedan al interior de dicha línea son aguas interiores. Cuando la entrada de la bahía excede de 24 millas se podrá trazar dentro de la bahía una línea de esa longitud; las aguas así encerradas son interiores.

La línea de cierre de una bahía sirve de línea de base para medir la anchura del mar territorial y de los demás espacios marítimos adyacentes.

En situación especial están las *bahías históricas*, que son bahías de gran extensión que el Estado litoral reclama como propias invocando

títulos históricos, es decir, un ejercicio prolongado y pacífico de soberanía y la tolerancia o aquiescencia de las demás naciones. Entre las bahías que han sido reclamadas como históricas están las de Chesapeake y Delaware (Estados Unidos) y la de Hudson (Canadá). El Golfo de Fonseca, que está bordeado por las costas de El Salvador, Honduras y Nicaragua, es también bahía histórica. El derecho internacional no contempla un régimen único para las bahías históricas sino sólo un régimen particular para cada caso concreto y reconocido de bahías históricas.¹

Respecto de las bahías bordeadas por las costas de dos o más Estados no existen reglas generalmente reconocidas. Las convenciones sobre el derecho del mar de 1958 y de 1962 no contienen disposiciones sobre esta clase de bahías.

AGUAS SITUADAS AL INTERIOR DE LAS LÍNEAS DE BASE RECTAS

Estas aguas se encuentran en situación especial. Nos referiremos a ellas al tratar el límite interior del mar territorial.

CANALES MARÍTIMOS

Los canales marítimos son vías de agua artificiales construidas a través del territorio de un Estado y que comunican dos mares u océanos.

En principio, los canales marítimos son aguas interiores y están sometidos a la soberanía territorial del Estado ribereño.

Los principales canales marítimos han sido sometidos, por tratado, a un régimen internacional de libre navegación.

- Canal de Suez. El régimen del Canal de Suez, que comunica el Mar Mediterráneo con el Mar Rojo, fue establecido por la Convención de

¹ Corte Internacional de Justicia, en el caso de la *Plataforma Continental* (Túnez/Jamahirya Árabe Libia). *Reports* 1982, p. 74.

Constantinopla de 1888. La Convención dispuso que el Canal "estará siempre libre y abierto, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, a los buques de comercio o de guerra de todas las naciones sin distinción de pabellón."

Por una Declaración de 1957 Egipto afirmó su intención de rescatar la Convención de 1888 y de asegurar de manera ininterrumpida el libre paso por los buques de todas las naciones.

- Canal de Panamá. Un régimen análogo de libre navegación fue estipulado para el Canal de Panamá por medio de tratados celebrados entre Estados Unidos y Panamá en 1903, 1936 y 1955.

En 1977 los Estados Unidos y Panamá firmaron dos tratados que establecieron un nuevo régimen para el Canal. Según el nuevo régimen, el canal será perpetuamente neutro y estará abierto en tiempo de paz y en tiempo de guerra al tráfico pacífico de los buques de todas las naciones, en un pie de igualdad y sin discriminación. Los Estados Unidos conservarán el control del Canal hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha desde la cual el control será ejercido por Panamá.

- Canal de Kiel. Enclavado en territorio alemán, comunica el Mar del Norte con el Mar Báltico. El Tratado de Versalles de 1919 estableció que el Canal de Kiel estará abierto a los buques de comercio y de guerra de todas las naciones en paz con Alemania. El régimen internacional establecido en Versalles fue denunciado por Alemania en 1936, pero volvió a ser puesto en vigor en 1945.

B. MAR TERRITORIAL

CONCEPTO

El mar territorial es una franja de mar adyacente a las costas de un Estado y sujeta a su soberanía.

La soberanía sobre el mar territorial se extiende al espacio aéreo suprayacente, así como al lecho y subsuelo de dicho mar.

El mar territorial es una dependencia del dominio terrestre. "Es la tierra a la que confiere al Estado ribereño un derecho sobre las aguas que

bañan sus costas." ¹ "A falta de disposición expresa en contrario, una atribución de territorio debe traer consigo *ipso facto* las aguas dependientes del territorio atribuido." ²

LÍMITE INTERIOR

El mar territorial se mide siempre desde una línea de base que constituye su límite interior.

La línea de base normal para medir la anchura del mar territorial es la línea de bajamar a lo largo de la costa.

En ciertos casos esta línea de base puede ser diferente: en los *puertos* el mar territorial puede medirse desde las construcciones portuarias más alejadas de la costa; en las bahías desde la línea de cierre de ellas, y en el caso de costas muy desmembradas desde las líneas de base rectas. Nos referiremos a estas últimas.

Líneas de base rectas. 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, el mar territorial puede medirse desde líneas de base rectas que unan diversos puntos del continente y de las islas e islotes cercanos al mismo. Estas líneas no siguen la línea de la costa misma sino "la dirección general de la costa". Las aguas situadas al interior de las líneas de base rectas son consideradas como aguas interiores.

El resultado práctico del trazado de estas líneas imaginarias es que el dominio marítimo del Estado se extiende a zonas marítimas que anteriormente tenían carácter de alta mar; en particular, el trazado aumenta la zona exclusiva de pesca del Estado litoral y reduce las zonas de alta mar en que podían pescar buques de otros países.

El trazado de líneas de base rectas debe cumplir dos condiciones principales:

¹ Caso de las *Pesquerías*. Reports 1951, p. 133.

² Laudo arbitral en el caso relativo a la *Región del Canal Beagle* (1977), párrafo 107.

- "no puede apartarse de una manera apreciable de la dirección general de la costa", y
- las zonas de mar encerradas por las líneas "han de estar suficientemente vinculadas al dominio terrestre para estar sometidas al régimen de las aguas interiores".

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dispone que cuando el trazado de una línea de base recta 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. Se tiende así a cautelar los derechos adquiridos en materia de navegación.

Muchos países han adoptado el sistema de líneas de base rectas. Chile, por decreto N° 416, de 1977, fijó líneas de base rectas desde el Canal de Chacao hasta el extremo sur.

ANCHURA DEL MAR TERRITORIAL

Durante el siglo XIX la mayor parte de los Estados, incluyendo las grandes Potencias marítimas, reclamaban un mar territorial de tres millas marítimas (la milla marina es equivalente a 1.852 metros).¹ Sin embargo, en la misma época, otros Estados pretendían anchuras mayores: los países escandinavos, cuatro millas; España y Portugal, seis millas; Rusia, doce millas.

Aunque en la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 la mayoría de los países participantes favoreció la regla de las tres millas, la proposición para fijarla como límite máximo del mar territorial no prosperó. Tampoco pudo lograrse acuerdo al respecto en la Primera ni en la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

En la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se obtuvo consenso sobre la anchura del mar territorial. La

¹ En el siglo XVIII se aceptaba como anchura del mar territorial el alcance de la bala de un cañón, que se estimaba en tres millas. Durante el siglo siguiente, la regla de las tres millas fue desligándose de toda referencia al alcance de los cañones.

Convención allí adoptada dispuso que todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta una distancia que no exceda de doce millas marinas medidas a partir de las correspondientes líneas de base. ¹ *12 millas marinas*

La regla de las doce millas es también parte del derecho internacional consuetudinario.

DELIMITACIÓN

La delimitación de los mares territoriales de Estados cuyas costas sean adyacentes o se hallen situadas frente a frente debe efectuarse según el principio de la línea media o de la equidistancia. Este principio cede ante el acuerdo de las partes y la existencia de derechos históricos u otras circunstancias especiales.

JURISDICCIÓN SOBRE BUQUES

Buques mercantes

En principio, la jurisdicción penal del Estado ribereño no debe aplicarse a bordo de un buque mercante extranjero que pase por el mar territorial, salvo pasos excepcionales, como cuando el delito tenga consecuencias en el Estado ribereño, o cuando el delito sea de tal naturaleza que pueda perturbar la paz del país o el buen orden en el mar territorial.

En materia *civil*, el Estado ribereño no debe detener ni desviar buques que pasen por el mar territorial para ejercer su jurisdicción sobre personas que se encuentren a bordo.

Buques de guerra

IDEM ↗

El Estado ribereño debe abstenerse de ejercer jurisdicción sobre un buque de guerra extranjero que pase por su mar territorial. Sin embar-

¹ El consenso sobre un mar territorial de 12 millas fue parte de un *package deal* que incluía la zona económica exclusiva, un régimen más favorable de navegación en los estrechos internacionales, etc.

go, el buque de guerra debe cumplir con las disposiciones establecidas por el Estado ribereño para el paso por el mar territorial. En caso de que insista en infringirlas, el Estado ribereño puede exigir al buque que salga del mar territorial.

EL PASO INOCENTE

La soberanía del Estado sobre su mar territorial está sujeta a una limitación importante: el Estado debe permitir el paso inocente de los buques extranjeros por dicho mar.

La expresión "paso inocente" denota exactamente la naturaleza de este derecho. *Paso* indica el hecho de navegar continuamente y sin detenerse a través del mar territorial. *Inocente* significa que el paso no sea perjudicial para la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño. No serían inocentes, por ejemplo, las prácticas militares, las actividades pesqueras, la realización de investigaciones hidrográficas. El paso inocente debe ser rápido e ininterrumpido.

El Estado ribereño puede tomar en su mar territorial las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente y dictar leyes y reglamentos relativos a dicho paso (seguridad de la navegación y reglamentación de tráfico marítimo, protección de cables y tuberías, etc.).

El Estado ribereño puede *suspender temporalmente*, en determinados lugares de su mar territorial, el paso inocente de buques extranjeros si tal suspensión es indispensable para su seguridad y no es discriminatoria. Sin embargo, el paso no puede ser suspendido en el mar territorial de los estrechos utilizados para la navegación internacional.

C. LA ZONA CONTIGUA

La Convención sobre el Derecho del Mar reconoce a los Estados ribereños la facultad de establecer una zona contigua a su mar territorial. Expresa el artículo 33 de la Convención:

"1. En una zona contigua a su mar territorial, designada con el nombre de zona contigua, el Estado ribereño podrá tomar las medidas de fiscalización necesarias para:

- a) 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;
- b) Sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial.

2. 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."

El Estado ribereño *no tiene soberanía* sobre la zona contigua, como la tiene sobre el mar territorial: sólo dispone en ella de competencias limitadas para adoptar ciertas *medidas de fiscalización y control* sobre los buques extranjeros a fin de prevenir y sancionar infracciones de las indicadas categorías de leyes y reglamentos.

La zona contigua no puede extenderse más allá de 24 millas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial. Ello significa, en el hecho, que la anchura máxima de la zona contigua de un Estado es igual a 24 millas menos la anchura de su mar territorial.

D. ESTRECHOS INTERNACIONALES

Estrecho, en sentido geográfico, es un paso marítimo angosto que pone en comunicación dos espacios más extensos de agua (Estrecho de Magallanes, de Gibraltar, de Bab el Mandeb, de Ormuz, de Málaga, etc.). Cada ribera del estrecho proyecta una franja de mar territorial. Si el estrecho es angosto, ambas franjas se superponen en parte: si el estrecho es ancho, ambas franjas de mar territorial dejan entre ellas una zona de alta mar.

La Corte Internacional de Justicia en el caso del Estrecho de Corfú, reconoció el derecho de paso inocente de los buques de guerra

por los estrechos internacionales que ponen en comunicación dos partes de la alta mar, sin obtener previamente la autorización del Estado ribereño.¹

En la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar las Potencias marítimas obtuvieron que se estableciera un régimen más completo y liberal respecto de los estrechos internacionales. Una de las razones aducidas para solicitar un nuevo régimen fue que la Conferencia, al ampliar la anchura máxima del mar territorial a doce millas, "territorializaba" más de cien estrechos que con anterioridad tenían un "corredor" de alta mar en que existía la libertad de navegación y de sobrevuelo en favor de terceros Estados.

La Convención distingue entre varias categorías de estrechos. La más importante comprende aquellos estrechos utilizados para la navegación internacional entre una parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva y otra parte de la alta mar o de una zona económica exclusiva. El principio general es que todos los buques y aeronaves gozarán del derecho de paso en tránsito por dichos estrechos, el que no será obstaculizado. Se entenderá por paso en tránsito el ejercicio de la *libertad de navegación y sobrevuelo* exclusivamente para los fines del tránsito rápido e ininterrumpido.

En otras categorías de estrechos, como los que comunican una parte de la alta mar (o de una zona económica exclusiva) con el mar territorial de otro Estado se aplica el régimen de *paso inocente*, que no puede ser suspendido.

El régimen sobre los estrechos establecido en la Convención "no afecta al régimen jurídico de los estrechos en los cuales el paso está regulado total o parcialmente por convenciones de larga data y aún vigentes que se refieran específicamente a tales estrechos." En esta situación están, por ejemplo, el Bósforo y los Dardanelos y el Estrecho de Magallanes.

El Estrecho de Magallanes

Chile es soberano de ambas riberas del Estrecho de Magallanes y ejerce soberanía sobre sus aguas.

¹ Reports 1949, p. 28.

El artículo V del Tratado de Límites de 1881 entre Chile y Argentina dispuso:

"El Estrecho de Magallanes queda neutralizado a perpetuidad y asegurada su libre navegación para las banderas de todas las naciones. En el interés de asegurar esta libertad y neutralidad no se construirán en las costas fortificaciones ni defensas militares que puedan contrariar ese propósito."

El artículo V señala, pues, tres principios destinados a regir el Estrecho: la libertad de navegación, la neutralización del Estrecho y la prohibición de fortificar sus costas. La neutralización consiste en la prohibición de realizar actos de hostilidad en tiempo de guerra dentro del Estrecho.

El artículo 10 del Tratado de Paz y Amistad de 1984 entre Chile y Argentina estableció que el límite entre los dos países en la boca oriental del Estrecho de Magallanes sería "la línea recta que una el 'Hito Ex-Baliza Dungeness', situado en el extremo de dicho accidente geográfico, y el 'Hito I Cabo del Espíritu Santo' en Tierra del Fuego". "La soberanía de la República Argentina y la soberanía de la República de Chile sobre el mar, suelo y subsuelo se extenderán, respectivamente, al Oriente y al Occidente de dicho límite."

Estipula la misma disposición que dicha delimitación en nada altera lo establecido en el artículo V del Tratado de Límites de 1881.

Por otra parte, Argentina se obliga "a mantener, en cualquier tiempo y circunstancias, el derecho de los buques de todas las banderas a navegar en forma expedita y sin obstáculos" a través de sus aguas jurisdiccionales hacia y desde el Estrecho de Magallanes."

E. LA ZONA ECONOMICA EXCLUSIVA

LA PROTECCIÓN DE LA RIQUEZA MARÍTIMA

Desde que en el siglo XVII se proclamó la libertad de la alta mar, se admitió como consecuencia necesaria la libertad de pescar en ella. La libertad de pescar en alta mar se basaba en la creencia de que los recursos vivos que la habitan son inagotables.

Esta creencia fue siendo desvirtuada a medida que se introducían innovaciones en los buques, equipos y métodos de pesca.

En efecto, durante las décadas de los años 60 y 70 flotas pesqueras de países desarrollados, equipadas con procesadores de pescado, radares y frigoríficos, realizaron faenas de pesca intensiva en zonas de alta mar cercanas a las costas de otros Estados. El resultado fue el exceso de explotación pesquera en ciertas regiones y el riesgo consiguiente de que algunas especies existentes en ellas, como la ballena, mermaran su rendimiento o aun llegaran a su virtual extinción.

Algunos países en desarrollo, desprovistos de medios para competir con estas modernas flotas de pesca, temieron que estas actividades agotaran los recursos vivos existentes en zonas de alta mar cercanas a sus costas antes de que ellos mismos estuvieran en condiciones de aprovecharlos. También advirtieron que si reservaban para sí dichos recursos podrían disponer de nuevas fuentes de subsistencia, de trabajo y de divisas.

Es por ello que estos países adoptaron medidas tendientes a someter a su soberanía, a su jurisdicción o a su control zonas de alta mar cercanas a sus costas o los recursos en ellas existentes.

Así, por ejemplo, el 23 de julio de 1947, el Presidente de Chile formuló una Declaración Oficial en que proclamó la soberanía nacional sobre los mares adyacentes a las costas chilenas, en toda la extensión necesaria para reservar, proteger, conservar y aprovechar los recursos y riquezas naturales que en ellos se encuentran, estableciéndose desde ya una zona de 200 millas para este efecto. En la Primera Conferencia sobre Conservación y Explotación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur (1952), delegados de Chile, Ecuador y Perú firmaron una Declaración sobre Zona Marítima, que es un verdadero tratado. En ella proclamaron "la soberanía y jurisdicción exclusivas que a cada uno de ellos corresponde sobre el mar que baña las costas de sus respectivos países, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las referidas costas" sin desconocer "el paso inocente e inofensivo, a través de la zona señalada, para las naves de todas las naciones." Esta Declaración hizo extensiva esta soberanía al suelo y subsuelo que corresponde a cada una de las zonas marítimas.

Actos de esta clase, resistidos en un comienzo por los países pesqueros de aguas distantes, fueron generalizándose y contando con progresiva aceptación. Durante la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar (1973-1982) fue cristalizando un consenso básico sobre una zona marítima situada entre el mar territorial y la alta mar: la zona económica exclusiva. Esta zona fue establecida y reglamentada en la Parte V de la Convención de 1982, la cual reconoció a los Estados ribereños un cuasi monopolio sobre las actividades económicas que en ella se realicen.

DERECHOS DEL ESTADO RIBEREÑO EN

LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

En la zona económica exclusiva el Estado ribereño tiene derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, del lecho y subsuelo del mar y de las aguas suprayacentes.

También el Estado ribereño tiene jurisdicción en la zona con respecto a la investigación científica marina y a la protección del medio marino.

Los derechos de aprovechamiento del Estado en su zona económica exclusiva son, pues, muy amplios: se extienden al lecho del mar, el subsuelo del mar y a las aguas suprayacentes; comprenden todas las actividades económicas que se desarrollan en la zona y todos los recursos naturales que allí se encuentran: minerales, pesca, producción de energía derivada del agua, etc.

Para medir la importancia de la zona económica basta recordar que dentro de las 200 millas se encuentra el 99% de los stocks de pescado comercialmente explotables, alrededor del 87% de los depósitos de petróleo mundiales conocidos y el 10% de los nódulos de manganeso.¹

¹ R.R. Churchill y A.V. Lowe, *The Law of the Sea* (1988), p. 126.

Un Estado no tiene derecho *ipso jure* a una zona económica exclusiva. El Estado debe establecerla o proclamarla y dar publicidad a cartas que describan el límite exterior de ella.

ANCHURA

La zona económica exclusiva está situada entre el mar territorial y la alta mar. La zona no puede extenderse a más de 200 millas marinas contadas desde las mismas líneas de base a partir de las cuales se mide el mar territorial. Parte de la zona es absorbida, pues, por el mar territorial, de manera que si un Estado tiene un mar territorial de 12 millas podrá tener, como máximo, una zona económica de 188 millas.

DERECHOS DE TERCEROS ESTADOS

En varios aspectos la zona económica exclusiva se asemeja a la alta mar: todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, gozan en la zona de las libertades de navegación, de sobrevuelo y de tendido de cables y tuberías submarinos. Además, como veremos a continuación, los terceros Estados pueden tener cierto acceso a los recursos vivos de la zona.

CONSERVACIÓN Y UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS VIVOS

El Estado ribereño debe asegurar que la preservación de los recursos vivos de la zona no se vea amenazada por un exceso de explotación. A este fin debe determinar la captura permisible de dichos recursos, es decir, el nivel de pesca permitido en la zona.

A continuación el Estado ribereño debe fijar su propia capacidad de captura de los recursos vivos existentes en su zona. Si dicho Estado no tiene capacidad para aprovechar toda la captura permisible, debe abrir la zona a los pescadores extranjeros para que exploten el excedente. Se trata de lograr la utilización óptima de los recursos pesqueros.

Sin embargo, los pescadores extranjeros no tienen acceso automático al excedente que pudiera haber en la zona. El país ribereño otorga este acceso por medio de acuerdos u otros arreglos y puede subordinarlo a ciertas condiciones: concesión de licencias y pago de derechos, determinación de las especies que pueden capturarse, fijación de cuotas de captura, reglamentación de temporadas y áreas de pesca, etc.

La zona económica exclusiva no es, pues, tan exclusiva como lo pretende su nombre.

DELIMITACIÓN

La delimitación de las zonas económicas exclusivas entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se estudiará al tratar la delimitación de la plataforma continental, pues la delimitación de ambas zonas marítimas se rige por los mismos principios.

F. PLATAFORMA CONTINENTAL

CONCEPTO GEOGRÁFICO

Los continentes no se quiebran abruptamente al llegar a la costa sino que se sumergen gradualmente en el mar hasta que a una profundidad de entre 130 y 200 metros (a veces más) experimentan un marcado declive y descienden a profundidades mucho mayores. Esta zona submarina situada entre la costa y el marcado aumento de pendiente se denomina *plataforma continental*.

En algunos mares, como el Golfo Pérsico y el Mar del Norte, las masas continentales de los Estados ribereños se sumergen muy gradualmente y, sin llegar a un declive abrupto, convergen y se unen a poca profundidad.

La extensión de la plataforma continental es variable: frente a las costas del Pacífico Sur se hunde a poca distancia de la costa; frente a algunas costas australianas alcanza una extensión de unos 500 kilómetros.

La plataforma continental contiene una enorme reserva de recursos naturales. En ella se encuentran yacimientos de petróleo y de gas natural; nódulos polimetálicos que contienen níquel, cobre, cobalto y manganeso; especies sedentarias, etc. La tecnología moderna permite aprovechar recursos situados a grandes profundidades.¹

En 1945 el Presidente Truman, en nombre de los Estados Unidos, formuló una Proclamación en la que declaró que los recursos naturales del subsuelo y del lecho de la plataforma continental que está bajo la alta mar, pero adyacente a las costas de los Estados Unidos, quedaban sujetos a su jurisdicción y control. La Proclamación señaló expresamente que no se alteraría la situación jurídica de las aguas de alta mar que cubrieran la plataforma, las cuales seguirían siendo alta mar.

La Proclamación Truman reviste una importancia particular. Ella inspiró declaraciones similares por parte de otros países y pasó a ser el punto de partida de la elaboración de una norma consuetudinaria. La principal doctrina enunciada en la Proclamación, a saber: que el Estado ribereño tiene un derecho originario, natural y exclusivo sobre la plataforma continental situada frente a sus costas, es parte del derecho internacional consuetudinario y encuentra su expresión en la Parte VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.²

DEFINICIÓN CONVENCIONAL

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, al tratar de definir convencionalmente el *límite exterior* de la plataforma continental, se opusieron dos tendencias. Algunos Estados, poseedores de una amplia plataforma continental, superior a 200 millas, como Argentina y Canadá, reivindicaron derechos sobre toda su extensión. Otros Estados, que no disponen de una plataforma continental en sentido geológico, o sólo tienen una plataforma poco extensa, inferior a 200 millas, pidieron que se les reconocieran derechos sobre

¹ G. Francalanzi y T. Scovazzi (editores). *Lines in the Sea*, p. 156.

² Casos de la *Plataforma Continental del mar del Norte* (1969). *Reports* 1969, ps. 32-33.

el lecho y subsuelo de las áreas submarinas próximas a sus costas, hasta una distancia mínima de 200 millas, cualquiera que fuera la profundidad en que se encontraran dichas áreas.

La Conferencia trató de satisfacer ambas tendencias. Por una parte reconoció a todo Estado, como mínimo, una zona de áreas submarinas a lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta una distancia de 200 millas medida desde las líneas de base/a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. De esta manera, todo Estado tiene derecho a reivindicar como mínimo, a título de plataforma continental, una zona de fondos marinos de 200 millas. Sin embargo, como la plataforma comprende las áreas submarinas que se extienden *más allá* del mar territorial y se mide desde las líneas de base de este mar, la extensión real de la plataforma continental será equivalente a 200 millas menos la anchura del mar territorial. Recuérdese que el lecho y el subsuelo del mar territorial no son parte de la plataforma continental, en el sentido de la Convención, y que se encuentran sometidos al régimen del mar territorial, es decir a la soberanía del Estado ribereño.

Por otra parte, la Convención atendió también las pretensiones de los Estados que tiene una plataforma geográfica muy extensa, superior a 200 millas. Ellos no se conformaban con la extensión de 200 millas. Querían más. Para satisfacer sus aspiraciones la Convención les da la posibilidad de reclamar como plataforma continental, con algunas limitaciones, las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta "el borde exterior del margen continental."¹

Las ideas precedentes quedaron reflejadas en el artículo 76, párrafo 1, de la Convención sobre el Derecho del Mar:

"La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación

¹ "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. No comprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo." (Artículo 76, párrafo 3, de la Convención).

natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia."

La disposición transcrita, que es de una complejidad excesiva, da dos definiciones alternativas de plataforma, ambas basadas en la *distancia* de las áreas submarinas que la forman y *no* en la profundidad a que se encuentran ni en su composición geológica. Cada Estado puede basarse en la que más le convenga para justificar derechos sobre el suelo y el subsuelo de las áreas submarinas adyacentes a sus costas.

DERECHOS DEL ESTADO RIBEREÑO

Según la Convención, el Estado ribereño ejerce derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales. Estos derechos son *exclusivos*: si el Estado ribereño no explora la plataforma o no explota los recursos naturales de ésta nadie puede emprender estas actividades sin expreso consentimiento de dicho Estado. También estos derechos son independientes de la ocupación real o ficticia de la plataforma, así como de toda declaración expresa.

Los recursos naturales sobre los cuales el Estado ribereño ejerce soberanía son de dos clases:

– recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo (petróleo, gas natural, nódulos polimetálicos, etc.);

– 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. A esta categoría pertenecen, por ejemplo, las ostras y las almejas. Se ha discutido si la langosta y el cangrejo son "especies sedentarias" en el sentido de esta definición.

Los derechos del Estado sobre la plataforma continental no afectan a la condición jurídica de las aguas suprayacentes ni a la del espacio aéreo situado sobre tales aguas. En consecuencia, el título del Estado sobre su plataforma no lo habilita para pescar las especies que nadan en la columna de agua que la cubre, sin perjuicio de que pueda hacerlo en virtud de sus derechos sobre la zona económica exclusiva o sobre la alta mar, en la medida en que estas zonas cubran la plataforma.

El Estado ribereño puede tomar las medidas razonables para la exploración de la plataforma y para el aprovechamiento de los recursos que ella contenga, pero en el ejercicio de estos derechos no deberá afectar a la navegación ni a otros derechos y libertades de los demás Estados, como el derecho a tender cables y tuberías submarinos en la plataforma continental.

DELIMITACIÓN

La plataforma continental de un Estado puede medirse en toda su extensión cuando las costas de tal Estado enfrentan un océano o un mar abierto. En cambio, cuando las costas de un Estado son adyacentes a la de otro Estado, o enfrentan a corta distancia las costas de otro Estado, será necesario proceder a la *delimitación* de sus respectivas plataformas continentales.

La delimitación de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente fue intensamente debatida en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar. La Conferencia tuvo grandes dificultades para encontrar una fórmula aceptable. Tras difíciles negociaciones se convino el texto del artículo 83, párrafo 1, de la Convención:

"La delimitación de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa."

Agrega este artículo que si no se llegare a un acuerdo dentro de un plazo razonable, los Estados interesados recurrirán a los procedimientos para solución de controversias previstos en la Parte XV de la Convención.

La disposición citada establece la finalidad que debe alcanzarse con las negociaciones "una solución equitativa" pero nada dice sobre el método que debe seguirse para lograr este resultado.

La jurisprudencia internacional estima en que la delimitación de la plataforma debe ser efectuada tomando en cuenta las circunstancias relevantes de cada caso, a fin de alcanzar un resultado equitativo. Entre estas "circunstancias" relevantes se pueden mencionar las características físicas de las costas (su carácter cóncavo o convexo), la existencia de islas, los recursos de la zona, etc.). La jurisprudencia no ha reconocido al principio de la equidistancia el carácter de norma obligatoria de delimitación marítima. Sin embargo, la línea de la equidistancia puede ser el punto de partida del proceso de delimitación; esta línea podría ser rectificada o corregida en función de todas las circunstancias relevantes a fin de lograr una delimitación equitativa.¹

PLATAFORMA CONTINENTAL Y ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

La consagración en la Convención de una zona económica exclusiva en la cual el Estado costero tiene derechos soberanos sobre todos los recursos naturales de esta zona, incluyendo los recursos del lecho y del subsuelo, determina que ahora puedan coexistir dos títulos sobre el lecho y el subsuelo: uno en virtud de la plataforma continental y otro en virtud de la zona económica exclusiva. Como esta situación puede originar confusiones conviene explicar cómo juegan o se complementan los derechos del Estado litoral en virtud de una y otra. Para ello hay que considerar separadamente los derechos del Estado ribereño dentro de la zona de 200 millas y sus derechos más allá de este límite.

Dentro de las 200 millas el Estado ribereño, en virtud de su título sobre la plataforma continental, tiene derecho a aprovechar los recursos

¹ Véase el excelente libro del Profesor Prosper Weil, *Perspectives du droit de la délimitation maritime* (1988).

minerales y las especies sedentarias del suelo y del subsuelo. Por otra parte, el Estado ribereño que ha proclamado una zona económica exclusiva, tiene derecho para aprovechar no sólo los minerales y las especies sedentarias, sino también *todos* los recursos vivos que existan en el suelo, el subsuelo y la columna de agua suprayacente, en conformidad al régimen aplicable a dicha zona.

Más allá de las 200 millas, en cambio, no hay zona económica exclusiva sino sólo alta mar. La parte de la plataforma continental que esté más allá de las 200 millas se rige únicamente por el régimen relativo a ella. En consecuencia, el Estado ribereño sólo tiene derecho a explotar, además de los recursos minerales del suelo y subsuelo, las especies sedentarias de la plataforma. En cambio, como la columna de agua que cubre la plataforma más allá de las 200 millas es alta mar, el Estado ribereño no tiene derechos exclusivos para aprovechar los recursos vivos que existan en dicha columna.

G. ALTA MAR

La expresión "alta mar" (*high seas*) designa las extensiones de mar no incluidas en las aguas interiores, en el mar territorial o en la zona económica exclusiva de un Estado.

A comienzos del siglo XVII varias Potencias marítimas reclamaban dominio o soberanía sobre extensiones marítimas que hoy consideramos alta mar. Venecia reclamaba el Adriático; Inglaterra el Mar del Norte, el Canal de la Mancha y parte del Atlántico; Dinamarca y Noruega los mares septentrionales. Los grandes descubrimientos geográficos y el desarrollo de la navegación y del comercio fueron preparando una reacción en contra de estas pretensiones. En 1609 el jurista holandés Hugo Grocio publicó un folleto titulado *Mare Liberum* (Mar Libre), en el que se opone a las pretensiones portuguesas; Grocio sostiene que la alta mar es libre y que no puede ser apropiada por ningún Estado.

Rebatió su tesis el jurista inglés John Selden en un libro cuyo título es igualmente expresivo: *Mare Clausum*, publicado sólo en 1635. Pero

el principio de la libertad de los mares terminó por imponerse; los Estados fueron restringiendo sus pretensiones sobre los mares y limitándolas a una franja de mar adyacente a sus costas. A comienzos del siglo XIX el principio de la libertad de los mares quedaba definitivamente establecido.

El régimen jurídico de la alta mar fue codificado por la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar (1958), cuyas disposiciones son, según se expresa en su Preámbulo, "declaratorias en terminos generales de los principios establecidos de derecho internacional". Más tarde dicho régimen fue ampliado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982).

LA LIBERTAD DE LOS MARES

GROCIO

La alta mar no puede ser apropiada. Ningún Estado puede pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía. Ella está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral.

La libertad de la alta mar comprende, entre otras, las siguientes libertades:

- la libertad de navegación,
- la libertad de sobrevuelo,
- la libertad de tender cables y tuberías submarinos,
- la libertad de pesca, y
- la libertad de investigación científica.

Estas libertades deben ejercerse teniendo en cuenta los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de la alta mar.

ESTADOS SIN LITORAL

Los Estados sin litoral tienen derecho de acceso al mar y desde el mar. Para este fin, gozan de libertad de tránsito, a través de los Estados intermedios, por todos los medios de transporte.

Las condiciones y modalidades para el ejercicio de la libertad de tránsito deberán ser convenidas mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales. Los Estados de tránsito, en el ejercicio de su plena soberanía sobre el territorio, podrán tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos y facilidades otorgados a los Estados sin litoral no lesionen en forma alguna sus intereses legítimos.

CONTAMINACIÓN

La contaminación del medio marino se ha agudizado en los últimos años: buques petroleros lavan sus cisternas en alta mar; buques de todas clases botan en ella sus basuras y aguas servidas; navíos nucleares han vertido en alta mar desechos radiactivos. Por otra parte, los accidentes de navegación de los buques cisternas presentan un serio peligro de contaminación del medio marino. El naufragio del buque cisterna *Torrey Canyon*, que contenía casi 120.000 toneladas de petróleo crudo, a siete millas de la costa inglesa, demostró la magnitud del problema. La Convención de Londres sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Hidrocarburos (1954) y la Convención de Londres sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y otras Materias (1972), entre otras, establecen normas destinadas a evitar la contaminación del medio marino.

La Convención sobre el Derecho del Mar dispone que los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino. Su parte XII establece disposiciones al respecto.

JURISDICCIÓN SOBRE BUQUES

Los buques que navegan en alta mar están sometidos a la jurisdicción exclusiva del Estado cuyo pabellón están autorizados a enarbolar. Está prohibido a los demás Estados ejercer respecto de dichos buques actos coercitivos o de policía, como arrestar a un criminal que se

encuentra a bordo. Este principio general admite excepciones en algunos casos previstos en la Convención sobre el Derecho del Mar y en otros tratados internacionales. Estas excepciones sólo se aplican a los buques mercantes, no a los buques de guerra. Estos últimos gozan de completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado extranjero.

La Convención sobre el Derecho del Mar dispone que en caso de abordaje en alta mar, es decir, en caso de que un buque embista a otro, los procedimientos judiciales en contra de las personas presuntamente responsables sólo podrán iniciarse ante los tribunales del Estado del pabellón o ante los del Estado de que dichas personas sean nacionales. Esta regla es la opuesta a la aceptada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del *Lotus*.

CASOS EN QUE SE PERMITE LA INTERFERENCIA DE BUQUES EXTRANJEROS EN ALTA MAR

Son los siguientes:

- piratería,
- persecución inmediata,
- visita y registro, y
- autorización concedida por tratado.

Piratería

Los piratas o bandidos de mar son individuos que recorren el mar por su propia cuenta, realizando o intentando realizar, con fines personales, actos de violencia o de pillaje. Todo Estado puede apresar a un buque o a una aeronave pirata y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado captor pueden asimismo sancionar el delito de piratería, una de cuyas características es la universalidad de su represión.

Persecución inmediata (hot pursuit)

Los buques de guerra y las aeronaves militares de un Estado tienen derecho para continuar persiguiendo en alta mar a un buque mercante extranjero cuando las autoridades de ese Estado tienen motivos fundados para creer que el buque ha cometido una infracción de sus leyes y reglamentos. La persecución debe haber empezado mientras el buque extranjero se encontraba en aguas bajo su jurisdicción y debe haber continuado ininterrumpidamente. Ella cesa en el momento en que el buque perseguido entra en el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado.

Visita y registro

Un buque de guerra que encuentre a un buque mercante extranjero en alta mar no tiene derecho para efectuar en él acto alguno de interferencia o de registro, salvo en casos graves que especifica la Convención de 1982, como cuando hay motivos razonables para sospechar que el buque no tiene nacionalidad o que se dedica a la piratería o al tráfico de esclavos.

En estos casos, el buque de guerra puede exigir que el buque sospechoso compruebe su nacionalidad mediante la exhibición de los documentos que justifiquen el uso de la bandera que enarbola.

Tratados

Algunos tratados autorizan a los buques de guerra de los Estados contratantes para adoptar ciertas medidas de vigilancia y de policía respecto de sus buques mercantes en caso de que éstos cometan ciertas infracciones. Un ejemplo de estos tratados es la Convención para Regular las Pesquerías del Mar del Norte, firmada en 1882. Ella establece normas sobre la pesca en el Mar del Norte y atribuye a los buques de guerra de los Estados contratantes el derecho de adoptar medidas de policía marítima respecto de los barcos pesqueros que cometan ciertas infracciones relativas a operaciones de pesca; el buque de guerra puede pedir justificaciones al barco pesquero, visitarlo y aun detenerlo y conducirlo a un puerto del Estado a que pertenece. La

jurisdicción sobre los infractores se reserva al Estado del barco pesquero.

NACIONALIDAD DE LOS BUQUES

Todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, tienen derecho a que los buques que enarbolan su pabellón naveguen en alta mar.

Cada Estado establece los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro y para que tengan derecho a enarbolar su pabellón. Los buques poseen la nacionalidad del Estado cuyo pabellón están autorizados a enarbojar.

Esta libertad de los Estados para establecer las condiciones de registro ha permitido a algunos Estados fijar condiciones tan indulgentes que sus banderas han pasado a ser "banderas de conveniencia". Es, por ejemplo, el caso de Liberia, Panamá y Honduras, países que registran gran tonelaje marítimo. Algunos armadores registran sus buques en esos países para evadir las leyes sociales y tributarias de su propio Estado y colocarse bajo la legislación y el control —más ventajosos— del país de conveniencia.

La Convención sobre el Derecho del Mar dispone que "ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque", y que todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarboleen su pabellón.

H. LOS FONDOS MARINOS SITUADOS FUERA DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES ("LA ZONA")

Más allá de los límites exteriores de las plataformas continentales, que están bajo las jurisdicciones nacionales, yacen los fondos marinos y oceánicos que se encuentran fuera de estas jurisdicciones. Estos fondos marinos han atraído el interés de los Estados desde que los avances tecnológicos han hecho factible extraer de su suelo y subsuelo

recursos minerales, especialmente nódulos polimetálicos, ricos en manganeso, níquel, cobre y cobalto.

En 1970 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución A 2749 (XXV), que inspira el régimen de fondos marinos internacionales establecido en la parte XI de la Convención sobre el Derecho del Mar.

La Convención establece la llamada "Zona", que comprende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo situados más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales y contempla un régimen detallado para el aprovechamiento de los recursos que ella contiene. Este régimen, que ha sido calificado de "revolucionario", suscitó resistencia de parte de países industrializados, algunos de los cuales se abstuvieron de firmar la Convención hasta que dicho régimen fue modificado.

RÉGIMEN JURÍDICO

Este régimen ha tratado que la Zona no llegue a ser un campo de competencias egoístas en perjuicio de los Estados que, por ahora, no tienen equipos ni medios económicos para aprovechar sus recursos.

La Convención sobre el Derecho del Mar proclama que la Zona y sus recursos "son patrimonio común de la humanidad".

De este principio la Convención deriva tres consecuencias:

— No apropiación. Ningún Estado puede reivindicar o ejercer soberanía sobre parte alguna de la Zona o sus recursos. Los recursos de la Zona pertenecen a la humanidad.

— Utilización pacífica. La Zona debe utilizarse exclusivamente para fines pacíficos por todos los Estados. No pueden emplazarse en ella armas convencionales o nucleares, rampas de lanzamiento, etc.

— Explotación en beneficio de la humanidad. Las actividades de la Zona se realizarán en beneficio de toda la humanidad (*of mankind*), prestando consideración especial a los intereses y necesidades de los países en desarrollo. La Convención establece una Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que actúa a nombre de la humanidad.

La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, que tiene su sede en Jamaica, es la organización por medio de la cual los Estados partes organizarán y controlarán las actividades de la Zona. Sus órganos principales son la Asamblea, el Consejo, la Secretaría y la Empresa. Esta última es el órgano operativo que realizará actividades en la Zona, así como el transporte, tratamiento y comercialización de los minerales extraídos de ella.

Las actividades en la Zona pueden ser realizadas directamente por la Empresa o, en asociación con ella, por Estados, empresas estatales, personas naturales o jurídicas, o consorcios.

La Autoridad debe establecer un mecanismo para la distribución equitativa de los beneficios financieros derivados de las actividades en la Zona, tomando especialmente en cuenta los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo.

La Convención contempla una Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar para decidir controversias relativas a la Zona.

Los Estados Unidos y otros países industrializados se mostraron insatisfechos del régimen de gestión de recursos de la Zona. Objetaron las obligaciones impuestas a los futuros contratistas de financiar y transferir tecnología a la Empresa, las limitaciones a la explotación con el fin de proteger a los productores terrestres y el sistema de toma de decisiones que no les daba mucha influencia. Se abstuvieron por ello de firmar o de ratificar la Convención sobre el Derecho del Mar.

Con el fin de inducir a los países industrializados a participar en la Convención, el Secretario General de las Naciones Unidas tomó la iniciativa de convocar a reuniones oficiosas de consulta destinadas a examinar modificaciones al régimen de fondos marinos.

Estas consultas llevaron a la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1994 de un Acuerdo relativo a la Aplicación de la Parte XI de la Convención. Este Acuerdo introdujo en la Parte XI cambios substanciales que tratan de satisfacer los intereses de los países industrializados. Un Anexo al Acuerdo trata materias tales como

las funciones de la Empresa, la adopción de decisiones, la transferencia de tecnología y la política de producción.

Aunque algunas compañías han identificado sitios promisorios, aun no se inicia la explotación de los minerales de los fondos marinos. La demanda de metales que se encuentran en los nódulos de manganeso, especialmente níquel y cobre, puede satisfacerse durante algún tiempo por fuentes terrestres. Además, existen minerales y otros recursos en los fondos marinos de las zonas económicas exclusivas y plataformas continentales de varios países.

I. LOS ESPACIOS MARITIMOS EN LA LEGISLACION CHILENA

El Código Civil chileno disponía originalmente en su artículo 593:

"El mar adyacente, hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de más baja marea, es mar territorial y de dominio nacional; pero el derecho de policía, para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales, se extiende hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera." ¹

La ley N° 18.565, publicada en el Diario Oficial de 23 de octubre de 1986, introdujo modificaciones a los artículos 593 y 596 del Código Civil. El texto actual de estas disposiciones es el siguiente:

Artículo 593

"El mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, es mar territorial y de dominio nacional. Pero, para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, el

¹ Una legua marina equivale a tres millas marinas.

Estado ejerce jurisdicción sobre un espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medidas de la misma manera. Las aguas situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial forman parte de las aguas interiores del Estado."

Artículo 596

"El mar adyacente que se extiende hasta las doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, y más allá de este último, se denomina zona económica exclusiva. En ella el Estado ejerce derechos de soberanía para explorar, explotar, conservar y administrar los recursos naturales vivos y no vivos de las aguas suprayacentes al techo, del techo y el subsuelo del mar, y para desarrollar cualesquiera otras actividades con miras a la exploración y explotación económica de esa zona.

El Estado ejerce derechos de soberanía exclusivos sobre la plataforma continental para los fines de la conservación, explotación y explotación de sus recursos naturales. Además, al Estado le corresponde toda otra jurisdicción y derechos previstos en el Derecho Internacional respecto de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental."

RIOS INTERNACIONALES

RÍOS NACIONALES Y RÍOS INTERNACIONALES

Son ríos nacionales los que corren dentro de un mismo Estado, desde su fuente hasta su desembocadura. Ellos forman parte del territorio del Estado que atraviesan y están sujetos a su soberanía.

Se denominan ríos internacionales aquellos que separan o atraviesan dos o más Estados, como el Paraná, el Rhin, el Danubio, el Amazonas. En principio, cada Estado ribereño ejerce soberanía dentro de la parte del río que corre por su territorio, sujeto a las reglas de derecho internacional relativas a la libre navegación y a la utilización de las aguas del río por parte de los demás Estados ribereños.

El derecho internacional moderno no sólo considera el curso principal de un río internacional sino toda su hoya o sistema fluvial, formado por las aguas, tanto superficiales como subterráneas, que fluyen hacia una desembocadura común.

LA NAVEGACIÓN

El Acta final del Congreso de Viena de 1815 fue el primer instrumento multilateral que consagró la libre navegación de los ríos internacionales. Este principio, que se aplicó inicialmente a los segmentos de ríos situados en el territorio de las partes contratantes, fue ampliado más tarde a los Estados no ribereños.

El principio de la libre navegación se extendió durante el siglo XIX al continente europeo y constituyó la base de diversos regímenes convencionales, tales como el aplicable al Danubio, principal arteria de navegación fluvial de Europa occidental y oriental. Así se fue perfilando durante el siglo pasado una marcada tendencia hacia un régimen general de navegación que se aplicó a otros ríos como el Congo y el Níger.

Este liberalismo en materia de navegación llegó a su cénit en la Conferencia de Comunicaciones y Tránsito celebrada en Barcelona en 1921. La Conferencia aprobó un Estatuto sobre el Régimen de las Vías Navegables de Interés Internacional. El Estatuto estableció principios generales sobre la libre navegación en favor de los Estados contratantes y dispuso la igualdad de trato hacia ellos: no se haría distinción alguna entre los nacionales, los bienes y los pabellones de los diversos Estados contratantes.

Con posterioridad a la Conferencia de Barcelona la tendencia liberal reflejada en ella acusó una regresión: se fue limitando la libertad de navegación de un río internacional sólo a los Estados ribereños del mismo.

La navegación de cada río internacional se rige por los tratados o convenciones que establecen su régimen particular. A falta de tratado aplicable rige la norma consuetudinaria según la cual los buques de los Estados ribereños (no los de terceros Estados) tienen libertad de navegación sobre todo el curso del río. Este beneficio no se aplica a los buques de guerra. Sin embargo, en América rige una norma regional diferente: los buques de un Estado ribereño no pueden navegar por los sectores fluviales de los demás Estados ribereños, a menos que la libertad de navegación les haya sido concedida por tratado o por concesión unilateral del respectivo Estado ribereño.¹

La libertad de navegación está reforzada por derechos secundarios: el acceso a puertos e instalaciones portuarias, la exención de derechos que no correspondan a servicios prestados, etc. En todo caso, el Estado

¹ Lucius Caflisch, "Règles générales du droit des cours d'eau internationaux", en *Recueil des Cours*, t. 219 (1989-VII), ps. 125 y ss.

territorial ejerce jurisdicción sobre su sector del río y puede aplicar allí los reglamentos fiscales y de policía a los buques en tránsito.

UTILIZACIÓN DE LOS RÍOS INTERNACIONALES PARA FINES DISTINTOS DE LA NAVEGACIÓN

Las aguas de los ríos pueden también ser utilizadas para fines diferentes de la navegación, tales como el regadío, la producción de energía hidroeléctrica, el consumo de las poblaciones, etc. La utilización de las aguas de un río por uno de los Estados ribereños puede perjudicar el uso actual o potencial de esas mismas aguas por parte de los demás Estados ribereños. Así, por ejemplo, la captación de aguas para regadío por parte de uno de los Estados del curso superior, al disminuir el caudal del río, puede privar a un Estado del curso inferior de aguas empleadas en la producción de energía hidroeléctrica; el vaciado de desechos industriales por las fábricas de uno de los países ribereños puede tornar las aguas del río nocivas para el consumo.

El 21 de mayo de 1997, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, la cual quedó abierta a la firma de todos los Estados.

La Convención contiene diversos principios y reglas aplicables a la utilización de los cursos de agua, algunas de cuyas partes de encuentran en Estados distintos.

Entre los principios generales que la Convención enuncia y que son declaratorios del derecho internacional consuetudinario, se encuentran los siguientes:

- Los Estados de un curso de agua lo utilizarán en sus territorios respectivos de manera equitativa y razonable: - *D. Consolidación*
- Al efecto, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del mismo curso de agua.
- Los Estados del curso de agua cooperarán a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua e intercambiarán regularmente datos e informaciones sobre el mismo.

- El Estado de un curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del mismo curso de agua, lo notificará oportunamente a éstos. Los Estados notificados podrán formular objeciones, caso en el cual entablarán consultas o negociaciones para llegar a una solución equitativa.
- Los Estados del curso de agua protegerán y preservarán los ecosistemas del mismo.

La Convención establece un sistema para la solución pacífica de controversias.

COMISIONES FLUVIALES

Cada río internacional tiene sus particularidades. Es por ello que los Estados que tienen una comunidad de intereses en un sistema fluvial celebran tratados tendientes a lograr el aprovechamiento racional y armónico de sus aguas. Estos tratados regulan aspectos tales como la navegación, el control de crecidas, el intercambio de información hidrometeorológica y la conservación de la fauna acuática.

Es corriente que estos tratados establezcan comisiones fluviales compuestas por representantes de los Estados ribereños. La composición y las funciones de estas comisiones varían. Entre sus funciones más típicas se pueden mencionar las siguientes: aprobar los proyectos que se proponga realizar uno de los Estados ribereños, elaborar proyectos de aprovechamiento conjunto, efectuar trabajos en el río, supervisar la aplicación de las normas convenidas respecto del curso de agua, solucionar las diferencias que surjan entre los Estados ribereños.

Una de estas comisiones fluviales, dotada de atribuciones muy amplias, es la Comisión Mixta entre Canadá y los Estados Unidos, establecida por un Tratado sobre Aguas Fronterizas, de 1909. Está formada por seis miembros, tres designados por cada Parte, que son independientes en el ejercicio de sus funciones. La Comisión puede actuar como órgano de conciliación entre las Partes. También puede

resolver, previo acuerdo de las Partes, las controversias que surjan entre ellas, mediante una decisión obligatoria. La Comisión adopta sus resoluciones por mayoría de votos.

El Río Columbia

Un ejemplo interesante de tratado entre Estados vecinos para el aprovechamiento en común de las aguas de un río que atraviesa sus territorios es el acuerdo entre los Estados Unidos y Canadá respecto del río Columbia.

El Columbia tiene su fuente en Canadá, corre a través de dicho país y de los Estados Unidos y desemboca en el Océano Pacífico. Los Estados Unidos, ribereños del curso inferior, aprovechaban las aguas del Columbia para la producción de energía hidroeléctrica, pero las variaciones del caudal del río según las estaciones provocaban inundaciones y hacían incierto el rendimiento de las centrales hidroeléctricas norteamericanas. Era necesario, en consecuencia, almacenar el agua en períodos de abundancia para restituirla en época de escasez. Después de estudios técnicos y negociaciones, los Gobiernos de Canadá y Estados Unidos firmaron en Washington el tratado de 17 de enero de 1961. Según el tratado, Canadá, ribereño del curso superior, debe construir, a su costa, depósitos de agua cuya utilización queda sometida a un plan de regulación destinado a aumentar la producción de energía eléctrica y a prevenir las inundaciones en los Estados Unidos. A cambio de estos trabajos, Canadá debe recibir de los Estados Unidos la mitad del aumento de la producción hidroeléctrica en los Estados Unidos atribuible al funcionamiento de los depósitos canadienses, y una indemnización equivalente a la mitad de la economía realizada en territorio norteamericano como consecuencia de la disminución de las inundaciones. El mismo tratado consulta la creación de una comisión permanente de ingenieros compuesta de cuatro miembros (dos canadienses y dos norteamericanos), llamada a realizar inspecciones periódicas, a exigir informes a los organismos nacionales de explotación y, en general, a supervisar la ejecución de los planes. El tratado contempla un sistema de solución de controversias que puede llegar hasta el arbitraje.

El río Paraná nace en Brasil y escurre sobre 2.800 kms. a través de Brasil, Paraguay y Argentina hasta desembocar en el estuario del Río de la Plata. En parte de su curso este río constituye frontera entre Brasil y Paraguay y entre Argentina y Paraguay. El Paraná ofrece ventajas para la construcción de centrales hidroeléctricas por su caudal considerable y permanente, las importantes diferencias de nivel de sus aguas y los cauces encajonados y de formación basáltica por donde ellas corren. Entre las represas hidroeléctricas está la de Itaipú, entre Brasil y Paraguay, que es la más grande del mundo y provee de energía eléctrica a Brasil. Es administrada por la Entidad Binacional del Itaipú. Se proyecta la construcción de una gran central hidroeléctrica, *Corpus Christi*, entre Paraguay y Argentina. En 1979 los gobiernos de Argentina, Brasil y Paraguay firmaron un Acuerdo sobre Itaipú y Corpus Christi que fija las condiciones técnicas en que debe operar cada una de las represas para no perjudicar a las demás. Este Acuerdo dispone que las Partes establecerán procedimientos de coordinación operativa, mantendrán su sector del río en las mejores condiciones de navegabilidad y protegerán la flora, la fauna y la calidad de las aguas del río.

EL ESPACIO AEREO Y EL ESPACIO ULTRATERRESTRE

A. EL ESPACIO AEREO

SITUACIÓN DEL ESPACIO AÉREO

Antes de la Primera Guerra Mundial se formularon tres teorías respecto de la situación del espacio aéreo que está sobre el territorio de un Estado:

- que el espacio aéreo es libre,
- que sobre el territorio de un Estado hay dos zonas: una zona inferior bajo la soberanía del Estado y una zona superior de espacio aéreo libre, y
- que un Estado tiene plena soberanía sobre todo el espacio aéreo que está sobre su territorio.

La práctica de los Estados durante la Primera Guerra Mundial consagró esta última teoría. Todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva sobre el espacio aéreo que está sobre su territorio y su mar territorial. Las aeronaves de los demás Estados no tienen derecho de sobrevuelo sobre dicho espacio, a menos que obtengan autorización del Estado subyacente. En cambio, sobre la alta mar y la zona económica exclusiva hay completa libertad de navegación aérea para todos los Estados.

En 1919 se firmó en París una Convención para la reglamentación de la navegación aérea internacional. En su artículo 1º las partes contratantes reconocen "la plena y exclusiva soberanía de los Estados

sobre el espacio aéreo que está sobre su territorio y sus aguas jurisdiccionales."

LA CONVENCION DE CHICAGO
SOBRE AVIACION CIVIL INTERNACIONAL

En 1944 delegados de cincuenta y cuatro países se reunieron en Chicago con el objeto de establecer un régimen internacional para el transporte aéreo civil. En la Conferencia de Chicago se produjeron divergencias fundamentales: los Estados Unidos, que emergían de la guerra con gran disponibilidad de aviones y de personal de vuelo, propusieron un régimen de "libertad del aire" para el transporte aéreo internacional y sostuvieron que una reglamentación estricta de éste limitaría la competencia comercial necesaria para el desarrollo de la aviación civil. La posición norteamericana no fue aceptada por muchos países, temerosos de que en un régimen de libre concurrencia las líneas aéreas norteamericanas terminarían por imponerse. Por su parte, el Reino Unido, reflejando la posición de varios Estados, propuso en Chicago el establecimiento de un "orden en el aire": regulación de tarifas y frecuencias, prefijación del tráfico potencial, división del mercado y limitaciones precisas de la llamada "quinta libertad" del aire, es decir, del derecho del transportador aéreo para llevar pasajeros, cargas y correo entre dos países ninguno de los cuales es el de la aeronave.

La Conferencia de Chicago adoptó la Convención sobre Aviación Civil Internacional, de 1944, que reemplazó a la de 1919. La Convención estableció un régimen internacional para la aviación civil. Nos referiremos a sus principales aspectos.

Soberanía sobre el espacio aéreo. Confirmando la norma de derecho internacional consuetudinario, los Estados partes en la Convención de Chicago "reconocen que todo Estado tiene soberanía plena y exclusiva en el espacio aéreo situado sobre su territorio" incluyendo el mar territorial. Este principio es el punto de partida de las relaciones aeronáuticas internacionales.

Ambito de la Convención. La Convención se aplica sólo a las aeronaves civiles, y no a las aeronaves de Estado. Se consideran aeronaves de Estado las utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía; son civiles todas las demás. Ninguna aeronave del Estado puede volar sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en el mismo sin haber obtenido autorización para ello.

Nacionalidad de las aeronaves. Dispone la Convención que las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en que están matriculadas y que ninguna aeronave puede estar válidamente matriculada en más de un Estado.

Derechos en favor de las aeronaves civiles. Para entender los derechos que la Convención de Chicago confiere a las aeronaves de los Estados contratantes es conveniente dar previamente una noción de las llamadas "libertades del aire" y de las diversas clases de vuelos internacionales.

Las libertades del aire son las siguientes:

Primera libertad: la de sobrevolar el territorio de otro Estado sin hacer escalas. Se llama también libertad de tránsito.

Segunda libertad: la de hacer escalas para fines no comerciales (reparaciones, abastecimiento de combustible, etc.).

Tercera libertad: la de llevar pasajeros, carga y correo desde el propio país de la aeronave a otro país. Por ejemplo: el derecho de AIR FRANCE para llevar pasajeros desde París a Nueva York.

Cuarta libertad: la de llevar pasajeros, carga y correo al país de la aeronave respectiva desde otro país. Ejemplo: el derecho de AIR FRANCE para llevar pasajeros desde Nueva York a París.

Quinta libertad: la de llevar pasajeros, carga y correo entre dos países ninguno de los cuales es el de la aeronave respectiva. Por ejemplo: el derecho de AIR FRANCE para efectuar transporte entre Buenos Aires y Santiago.

Las dos primeras libertades se denominan "libertades técnicas", las tres últimas, "libertades comerciales". Veamos ahora las diversas clases de vuelos internacionales.

Los vuelos pueden ser no comerciales y comerciales. Los primeros son los que se efectúan sin remuneración con fines deportivos o de turismo. Los vuelos comerciales, en cambio, se realizan para el transporte de pasajeros, carga o correo mediante remuneración o alquiler.

Los servicios internacionales comerciales pueden ser regulares y no regulares. Los servicios regulares pasan sobre el territorio de más de un Estado y son realizados para el transporte de pasajeros, carga y correo mediante remuneración y de acuerdo a un itinerario o en forma regular. Las grandes compañías aéreas tales como KLM, SAS, ALITALIA, cumplen principalmente servicios comerciales regulares.

Los servicios comerciales no regulares, en cambio, se realizan mediante remuneración, pero en forma aislada y sin itinerario fijo; como los servicios "charter" y los de taxis aéreos. Ejemplo: tres vuelos aislados completos con pasajeros que viajan de un país a otro para presenciar un campeonato de fútbol.

La Convención de Chicago estableció las siguientes reglas sobre los diversos tipos de vuelos y servicios.

Vuelos no comerciales. Cada Estado confiere a las aeronaves de los demás Estados contratantes que cumplan vuelos no comerciales el derecho de sobrevolar su territorio y de hacer escalas técnicas, sin necesidad de obtener permiso previo. Estas aeronaves tienen, pues, las dos primeras libertades del aire.

Servicios internacionales regulares. Como ya hemos señalado, fue la situación de estos servicios la que ocasionó mayores divergencias en la Conferencia de Chicago. Los Estados Unidos favorecieron entonces una amplia libertad para el transporte aéreo internacional y el otorgamiento de las cinco libertades del aire a las aeronaves que lo realizan, pero este criterio no prosperó. La Convención de Chicago estipula categóricamente en su artículo 6°:

"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."

La Convención no confiere, pues, a los servicios internacionales regulares ninguna de las cinco libertades del aire. Los Estados confieren comúnmente estas libertades, sobre la base de reciprocidad, por medio de acuerdos bilaterales o autorizaciones provisionales.

Servicios internacionales no regulares. Las aeronaves que cumplen estos servicios recibieron en Chicago un trato favorable: la Convención les confirió las cinco libertades del aire, es decir, una amplia libertad comercial. Esta libertad es "sin perjuicio del derecho del Estado donde tenga lugar el embarque o desembarque a imponer las reglamentaciones, condiciones y restricciones que considere convenientes."

Los servicios "charter" son operados actualmente con tal regularidad y frecuencia que es casi imposible, a veces, distinguirlos de los servicios regulares. Más aún, se da la situación paradójica de que un vuelo regular poco frecuente (digamos entre París y una isla del Pacífico, dos veces por mes) cae bajo la prohibición del artículo 6° de la Convención, mientras que vuelos "charter" operados varias veces por día, en la alta estación, entre puntos de los Estados Unidos y Londres, Roma o Frankfurt, pueden ser considerados no regulares y gozar de todas las libertades del aire. ¹

EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL

El fracaso del Convenio de Transporte hizo necesaria la celebración de acuerdos bilaterales destinados a establecer las libertades comerciales para las líneas aéreas internacionales. El acuerdo bilateral más importante fue el llamado Acuerdo de Bermudas, suscrito por Estados

¹ Kurt Hammarskjöld, "Introductory Lecture on the Law and the Growth of International Air Transport", en *Recueil des Cours*, t. 135 (1972-I), ps. 411-430.

Unidos y Gran Bretaña en 1946, que sirvió de modelo a acuerdos entre otros países y constituyó un compromiso entre las exigencias norteamericanas de libertad de tráfico comercial y la posición británica de "orden en el aire."

Este Acuerdo contempló el otorgamiento recíproco de las cinco libertades del aire y mecanismos de consulta y de revisión de las capacidades de vuelo en relación con las necesidades del tráfico total. Después de una controversia entre Gran Bretaña y los Estados Unidos sobre permiso para el aterrizaje del *Concord*, ambos países celebraron en 1977 un nuevo acuerdo, llamado Bermudas II, que prácticamente abolió el privilegio de cinco libertades estipulados en el Acuerdo anterior.

Los países de la Unión Europea acordaron recientemente que sus compañías operen en cualquiera de los quince países miembros sin necesidad de autorización para ello. Esta política de "cielos abiertos" había sido inaugurada por los Estados Unidos.

Para regular los aspectos de derecho privado del transporte aéreo internacional se celebró la Convención de Varsovia de 1929 (modificada y complementada por acuerdos posteriores). Esta Convención somete a un régimen uniforme de responsabilidad la casi totalidad de las relaciones que se establecen entre los transportadores aéreos, por una parte, y los pasajeros o los propietarios de las mercaderías transportadas, por otra.

Algunas compañías aéreas han celebrado entre sí "acuerdos de pool" para funcionar paralelamente en un trayecto determinado, sometiéndose a una reglamentación común de los servicios y a la distribución de las utilidades.

LA OACI Y LA IATA

La Convención de Chicago estableció la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), organismo especializado de las Naciones Unidas, que tiene su sede en Montreal (Canadá). Sus fines básicos son desarrollar los principios y técnicas de la navegación aérea internacional y fomentar la organización y el desarrollo del transporte aéreo internacional.

Por su parte, las compañías de aeronavegación han establecido en Montreal la International Air Transport Association (IATA), entidad que tiene como una de sus finalidades básicas uniformar las condiciones generales del transporte aéreo internacional.

JURISDICCIÓN SOBRE AERONAVES

Las aeronaves *militares*, dondequiera que se encuentren, están sometidas a la jurisdicción exclusiva de los tribunales y autoridades del país de su nacionalidad. En país extranjero estas aeronaves gozan de inmunidad de la jurisdicción local.

Las aeronaves *civiles* que se encuentran en el territorio o en el espacio aéreo de un Estado extranjero y las personas o cosas a bordo de ellas, están, en principio, sometidas a la jurisdicción de dicho Estado. Sin embargo, el Estado de la nacionalidad de la aeronave puede ejercer jurisdicción concurrente.

Las aeronaves que sobrevuelan la alta mar o la zona económica exclusiva de otro Estado están sujetas a la jurisdicción del Estado de su nacionalidad.

En 1963 se celebró en Tokio una Convención sobre Crímenes y ciertos otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves. La Convención determina cuál es el país que tiene jurisdicción para conocer de los delitos cometidos a bordo de una aeronave en vuelo. En principio, esta jurisdicción corresponde al Estado de matrícula de la aeronave.¹

REPRESIÓN INTERNACIONAL DE LA "PIRATERÍA AÉREA"

Para sancionar ciertos actos de "piratería aérea" en contra de la seguridad de la aviación civil se han celebrado tratados multilaterales: el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves

¹ Ver los artículos 1° al 5° del Código Aeronáutico de Chile, aprobado por ley N° 18.916 (1990).

(La Haya, 1970) y el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Dirigidos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Montreal, 1971)

El Convenio de La Haya impone a los Estados la obligación de establecer penas severas para sancionar el "secuestro" de aeronaves. El Convenio de Montreal, que complementa el de La Haya, impone a los Estados contratantes la obligación de sancionar con penas severas los hechos que tipifica: actos de violencia contra una persona que se encuentra a bordo de una aeronave en vuelo y que comprometan la seguridad de la aeronave; dañar una aeronave en servicio; colocar en una aeronave un dispositivo o sustancias susceptibles de destruir la aeronave, etc. Ambos Convenios disponen que los Estados contratantes establecerán su jurisdicción sobre los delitos que tipifican en los casos que indican: si el delito se comete en su territorio; si el delito se comete a bordo de una aeronave matriculada en el Estado; si la aeronave aterriza en su territorio con el presunto delincuente todavía a bordo, etc.

Estos Convenios disponen que los Estados contratantes en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente deberá conceder la extradición del mismo, o juzgarlo por sus propios tribunales.

Un Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos de Violencia en los Aeropuertos que Prestan Servicios a la Aviación Civil Internacional fue adoptado en Montreal en 1988.

Los Estados partes en estas convenciones deben tomar las medidas necesarias para adecuar su orden jurídico interno a las disposiciones convencionales y, en particular, deben dictar la legislación necesaria para tipificar, sancionar y perseguir los delitos contemplados en ellas.

B. EL ESPACIO ULTRATERRESTRE Y LOS CUERPOS CELESTES

Las actividades espaciales realizadas desde el lanzamiento del primer satélite artificial, el *Sputnik I* en 1957, han aumentado a ritmo creciente. Se han lanzado al espacio ultraterrestre satélites para diversos fines (meteorológicos, comunicaciones, fotografía, etc.); estaciones espa-

ciales, dotadas de funciones múltiples (laboratorio, observatorio, etc.) giran en el espacio: cosmonautas realizan vuelos orbitales.

EL TRATADO SOBRE EL ESPACIO ULTRATERRESTRE

Desde que se iniciaron las actividades de los Estados en el espacio ultraterrestre se consideró que ellas debían regirse por principios jurídicos. Estos principios encontraron su expresión en declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Declaración 1962 (XVIII), de 13 de diciembre de 1963 y —posteriormente— en el Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes, de 1967, llamado también "Tratado del Espacio" (*Space Treaty*).

Los principios fundamentales de este Tratado son los siguientes:

- El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrán ser objeto de apropiación nacional.
- El espacio ultraterrestre estará abierto para la exploración y utilización a todos los Estados en condiciones de igualdad.
- No se colocará en órbita alrededor de la Tierra ningún objeto portador de armas nucleares ni de ningún otro tipo de armas de destrucción en masa. No se emplazarán tales armas en los cuerpos celestes ni en el espacio ultraterrestre.¹
- Los Estados considerarán a los astronautas como enviados de la humanidad y les prestarán la ayuda posible.

¹ "Las actividades militares en el espacio ultraterrestre propiamente dicho no están prohibidas sino cuando ellas implican 'poner en órbita' o 'colocar' en el espacio armas de destrucción en masa, según la definición generalmente aceptada de este concepto, que incluye las armas nucleares, las armas biológicas y químicas mortales o las armas cuyos efectos destructores sean equivalentes a los de las anteriores. Por el contrario, la Luna y los Cuerpos Celestes no pueden ser utilizados sino con fines pacíficos." (Hubert Thiery, "L' évolution du droit international", en *Recueil des Cours*, t. 222 (1990-III), p. 156.

- Todo Estado parte que lance un objeto al espacio ultraterrestre será responsable de los daños causados.
- El Estado en cuyo registro figura el objeto lanzado retendrá su jurisdicción y control sobre tal objeto, así como sobre todo el personal que vaya en él mientras se encuentre en el espacio ultraterrestre o en un cuerpo celeste.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado, con posterioridad al Tratado de 1967, el texto de convenciones o acuerdos complementarios relativos al espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes: sobre el salvamento de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales, sobre las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, etc.

En la actualidad se colocan satélites en órbita para fines diversos, tales como investigación científica, ayuda a la navegación, observación meteorológica, observación militar y telecomunicaciones. Esta tecnología ha planteado nuevos problemas jurídicos. Así, por ejemplo, los satélites de teleobservación que detectan la existencia de minerales, las condiciones del tiempo o la configuración de los desiertos han planteado la cuestión de si es lícito al Estado que obtiene esta información divulgarla sin autorización del país en que se obtuvo. También se ha debatido si es legalmente posible que desde un Estado se efectúen transmisiones directas por televisión mediante satélites ubicados en el espacio ultraterrestre sin recabar la autorización del Estado al cual tales transmisiones van dirigidas.

EL LÍMITE DEL ESPACIO ULTRATERRESTRE

El espacio ultraterrestre está sujeto a un régimen jurídico diferente del espacio aéreo. Sin embargo, no ha sido definido el límite que separa uno del otro. Se han sugerido diversos criterios de delimitación, pero ninguno ha merecido la aceptación general de los Estados.

LOS ORGANOS DE LAS RELACIONES EXTERIORES

"...mandamos que todo Mensajero que venga a nuestra tierra, quier sea Christiano, Moro, o Judío... defendemos que ninguno non sea osado de fazer fuerza nin tuerto nin mal a el nin a sus cosas".

Las Siete Partidas. Partida VII. Tit. XXV. Ley N° IX.



Los órganos de las relaciones exteriores son órganos del Estado por medio de los cuales éste mantiene relaciones con otros Estados u otros sujetos de derecho internacional.

Estos órganos pueden ser internos o externos.

Los órganos internos se encuentran en el territorio del Estado. Son: el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. Los órganos externos de las relaciones exteriores son las misiones diplomáticas, los cónsules y otros representantes.

A. EL JEFE DEL ESTADO Y EL JEFE DE GOBIERNO

El Jefe de Estado (Rey, Presidente de la República) inviste la plena representación de su país en las relaciones internacionales. El puede, por sí o por representante autorizado, ejercer todas las competencias de carácter internacional: mantener las relaciones con Estados extranjeros, celebrar tratados, acreditar y recibir agentes diplomáticos y consulares, representar ocasionalmente a su país en reuniones y organizaciones internacionales, reconocer Estados y gobiernos extranjeros, declarar la guerra, etc.

El Jefe de Gobierno (Presidente, Primer Ministro) goza también de algunas competencias internacionales, como la de celebrar tratados y

la de representar ocasionalmente a su país en reuniones y organizaciones internacionales.

B. EL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

El Ministro de Relaciones Exteriores (Ministro de Asuntos Extranjeros, Secretario de Estado) lleva a efecto la política exterior de su país y mantiene las relaciones con Estados extranjeros. Actúa bajo la dirección del Jefe del Estado o del Jefe del Gobierno.

Sus funciones comprenden, además, las de mantener contactos con diplomáticos extranjeros, dar instrucciones a los diplomáticos nacionales, participar en la celebración de tratados, representar ocasionalmente al país en conferencias y en organizaciones internacionales.

A los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores que visitan oficialmente otro país debe brindárseles protección y respetarse su dignidad. Ellos gozan en el extranjero de privilegios e inmunidades análogos a los de los agentes diplomáticos, y son aplicables la Convención sobre Misiones Especiales, de 1969, y la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, de 1973.

Las declaraciones oficiales que formulen, en un contexto internacional. Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Relaciones Exteriores pueden crear obligaciones internacionales para el Estado que representan.

C. LAS MISIONES DIPLOMATICAS

Aunque desde antiguo existía entre las naciones la práctica de acreditar y de recibir representantes para tratar asuntos determinados, fue la República de Venecia la que inauguró la institución de las misiones diplomáticas permanentes en el siglo XVI. En los siglos siguientes la institución se generaliza y adquiere caracteres definidos.

La principal fuente del derecho diplomático contemporáneo es la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961 que codificó y desarrolló las reglas consuetudinarias vigentes en este campo. Sus reglas han sido aceptadas por naciones de todas las creencias, culturas y persuasiones políticas.

FUNCIONES Y COMPOSICIÓN

El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúan por consentimiento mutuo. Las misiones diplomáticas son las intermediarias regulares y permanentes entre el Estado que representan y el Estado que las recibe.

Las funciones de una misión consisten principalmente en representar al Estado acreditante ante el Estado receptor, proteger en este último los intereses de su país; negociar con el gobierno del Estado receptor; informar al Estado acreditante sobre las condiciones y la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor; y fomentar las relaciones entre ambos Estados.

El personal de la misión diplomática comprende: el personal *diplomático* (Embajador, Consejeros, Secretarios, Agregados Militar, Naval, Aéreo, Cultural, etc.), el personal *administrativo y técnico* (secretarías, traductores, etc.), y el personal *doméstico*, como choferes, jardineros, empleadas.

Cada misión es dirigida por un Jefe de Misión. Para determinar la precedencia entre ellos, el "Règlement" adoptado en el Congreso de Viena de 1815 estableció sus diversas categorías. La Convención de Viena de 1961 simplificó el Règlement y estableció tres categorías de Jefes de Misión:

- a) Embajadores o Nuncios acreditados ante los Jefes de Estado, y otros jefes de misión de rango equivalente;
- b) Enviados, Ministros o Internuncios acreditados ante los Jefes de Estado; y
- c) Encargados de Negocios acreditados ante los Ministros de Relaciones Exteriores.

Los Nuncios son Jefes de Misión de la Santa Sede que tienen categoría de embajadores. En los países católicos el Nuncio tiene precedencia protocolar sobre los demás Jefes de Misión y es el Decano del Cuerpo Diplomático.

En la expresión "otros Jefes de Misión de rango equivalente" se comprende a los Altos Comisionados, que se acreditan entre miembros de la *Commonwealth* y a los Pronuncios, que la Santa Sede acredita en aquellos países que no reconocen al Nuncio como Decano del Cuerpo Diplomático.

El Encargado de Negocios está acreditado ante el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado receptor. No hay que confundirlo con el Encargado de Negocios ad interim, diplomático que reemplaza provisoriamente al Jefe de la Misión.

No hay diferencia entre los Jefes de Misión en razón de su categoría, salvo por lo que respecta a la precedencia y a la etiqueta.

Antes de acreditar a una persona como Jefe de Misión, el Estado acreditante debe obtener el asentimiento del gobierno receptor. Para ello debe solicitar de este último el agrément o beneplácito respectivo.

Si el Estado receptor no otorga el agrément, la persona propuesta no puede ser acreditada.

Los demás miembros del personal diplomático pueden ser designados libremente, pero 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.

PRIVILEGIOS E INMUNIDADES

La misión diplomática como tal, los miembros del personal diplomático y sus familias, y, en menor medida, algunos de los demás miembros de una misión diplomática gozan de ciertos privilegios e inmunidades en el territorio del Estado receptor.

Una concepción que remonta a Grocio trata de explicar estos privilegios e inmunidades mediante la ficción de la extraterritorialidad. Según ella, aunque el agente diplomático está físicamente presente en el territorio del Estado receptor, continúa residiendo, para todos

los efectos legales, en el territorio del Estado que representa; y los edificios ocupados por la misión diplomática constituyen una parte del territorio del Estado acreditante enclavado en el Estado receptor.

Aunque esta teoría contribuye a explicar, en líneas generales, cuál es la situación de los agentes diplomáticos y de los locales de la misión, ella constituye una ficción que, llevada a extremos, conduce a resultados absurdos. Aplicando estrictamente esta teoría habría que concluir, por ejemplo, que un crimen cometido en la Embajada de Alemania en Chile ha sido cometido en territorio alemán y debe ser juzgado por los tribunales alemanes.

La teoría de la extraterritorialidad ha sido rechazada por la doctrina moderna. Una teoría más reciente, recogida por la Convención de Viena, ve la razón de los privilegios e inmunidades diplomáticas en la necesidad de "garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados."

Los principales privilegios e inmunidades son:

- la inviolabilidad,
- la inmunidad de jurisdicción, y
- otras prerrogativas.

INVIOLABILIDAD

La inviolabilidad se extiende tanto a los locales de la misión como a los agentes diplomáticos.

Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no pueden penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión. El Estado receptor tiene la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger tales locales contra toda intrusión o daño y de evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

Los locales de la misión, su mobiliario, archivos y correspondencia, así como los medios de transporte de la misión, no pueden ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución.

Los *agentes diplomáticos*, su *residencia particular*, sus *bienes* y *documentos* gozan también de inviolabilidad. El agente no puede ser detenido ni arrestado y el Estado receptor debe tratarlo con el debido respeto; los funcionarios locales no pueden entrar a su residencia sin autorización; y sus bienes, tales como automóviles y cuentas bancarias, no pueden ser objeto de embargo o de otras medidas de ejecución.

Aun en caso de conflicto armado debe respetarse la inviolabilidad del personal de la misión, de sus locales y de sus bienes y archivos.

Sólo en caso de que un agente diplomático sea sorprendido en flagrante delito de agresión o en otra infracción grave podría ser brevemente detenido por la policía del Estado para fines preventivos.

En el caso relativo al *Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, la Corte Internacional de Justicia declaró:

"No hay exigencia más fundamental para la conducta de las relaciones entre Estados que la inviolabilidad de los enviados diplomáticos y embajadores, de manera que a través de la Historia naciones de todos los credos y culturas han observado obligaciones recíprocas para este propósito."¹

En 1974 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Agentes Diplomáticos.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

Los agentes diplomáticos gozan de *inmunidad de la jurisdicción penal* del Estado ante el cual se encuentran acreditados. No pueden, por lo tanto, ser procesados o sancionados por los tribunales locales por los delitos o faltas que cometan.

También ellos gozan de *inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa* del Estado receptor, de manera que no pueden ser

¹ *Reports* 1980, p. 42.

objeto de procedimiento judicial o administrativo alguno. Sin embargo, la Convención de Viena establece en su artículo 31 algunas excepciones a este principio.

Los agentes diplomáticos no tienen obligación de comparecer como testigos ante los tribunales del Estado receptor.

Debe tenerse presente que la inmunidad no exime al agente de cumplir con las leyes del Estado receptor; ella sólo impide que si las infringe pueda ser juzgado por los tribunales locales.

OTRAS PRERROGATIVAS

Los agentes diplomáticos gozan, además, de otras prerrogativas, como una amplia *exención de impuestos* y la *exención de derechos de aduana para la internación de objetos destinados a su uso personal o al de su familia.*

Los privilegios e inmunidades diplomáticos se extienden también a los *miembros de la familia del agente* que formen parte de su casa, siempre que no sean nacionales del Estado receptor y, de manera limitada, a los demás *miembros del personal de la misión* que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente.

Toda persona que tenga derecho a inmunidades y privilegios goza de ellos hasta que salga del país o transcurra un plazo razonable para que lo haga. La inmunidad no cesa, sin embargo, respecto de los actos que esa persona realizó en el ejercicio de sus funciones oficiales.

RENUNCIA A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

El Estado acreditante puede renunciar *expresamente* a la inmunidad de jurisdicción de que gozan sus agentes diplomáticos y demás personal de la misión. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de las acciones civiles o administrativas no comprende la renuncia a la inmunidad en cuanto a la ejecución del fallo, para lo cual es necesaria una nueva renuncia.

Una resolución adoptada por la Conferencia de Viena sobre Relaciones Diplomáticas recomienda que el Estado acreditante renuncie a

la inmunidad de los miembros de la misión diplomática con respecto a las reclamaciones civiles entabladas por particulares del Estado receptor, cuando pueda hacerlo sin perjuicio del desempeño de las funciones de la misión y que, cuando no renuncie a esa inmunidad, el Estado acreditante ponga máximo empeño en lograr una justa solución de tales reclamaciones.

ABUSOS Y VIOLACIONES DE LOS PRIVILEGIOS E INMUNIDADES DIPLOMÁTICOS

Disparos desde la Embajada Libia en Londres

El 17 de abril de 1984, mientras grupos opositores al gobierno de Jaddafi efectuaban manifestaciones en la vecindad de la Embajada de Libia en Londres, se disparó desde las ventanas de la misión. Una joven policía, Ivonne Flechner, fue muerta y once personas resultaron heridas. Gran Bretaña rompió relaciones diplomáticas con Libia, pero no detuvo ni enjuició a los funcionarios que se encontraban en la Embajada al momento de los disparos. Esta actitud se explica por el respeto de las inmunidades y por el temor de que el Gobierno libio tomara represalias en contra de la Embajada británica en Trípoli y de los 8.000 británicos residentes en Libia.

Este incidente y otros casos de abusos de inmunidades diplomáticas indujeron a Gran Bretaña y a los Estados Unidos a considerar una interpretación restrictiva de tales inmunidades.

Los rehenes norteamericanos en Teherán

El 4 de noviembre de 1979, ante la pasividad de las autoridades iraníes, turbas de "estudiantes" armados ocuparon la Embajada de los Estados Unidos en Teherán y detuvieron como rehenes a su personal. Los captores declararon que no liberarían a los rehenes hasta que los Estados Unidos extraditaran al ex Shah y se disculparan por su intromisión en los asuntos internos de Irán. El Gobierno de Washington protestó por estos ultrajes, manifestó que no accedería a estas demandas y, más tarde, demandó a Irán ante la Corte Internacional de

Justicia. Aunque la Corte se declaró competente, Irán se negó a comparecer ante ella. Mientras se desarrollaba el procedimiento judicial, un grupo de comandos norteamericanos efectuó una acción militar para liberar a los rehenes, que resultó frustrada.

La Corte, en su sentencia de 24 de mayo de 1980, dispuso, por unanimidad, la inmediata restitución de los locales diplomáticos, la liberación de los rehenes y el pleno respeto de las prerrogativas e inmunidades de los detenidos. Sin embargo, Irán no cumplió la sentencia.

Solamente después de prolongadas negociaciones, realizadas por intermedio del Gobierno argelino, y mediante concesiones norteamericanas a Irán, se logró la liberación de los cautivos. Estos habían permanecido privados de su libertad, en condiciones deplorables, durante 444 días.

PERSONA NON GRATA

El Estado receptor puede, en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que el jefe 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 deberá entonces retirar a esa persona o poner término a sus funciones.

D. LOS CONSULES

Los cónsules son agentes oficiales sin carácter diplomático que un Estado establece en las ciudades de otro con el fin de ayudar a sus nacionales, recoger información comercial, extender y visar pasaportes, actuar como ministro de fe, etc. Los cónsules no representan al Estado que los envía y, en consecuencia, no tienen carácter diplomático. Ellos son, más bien, órganos estatales de un país que ejercen funciones en el territorio de otro Estado.

La institución consular es más antigua que la diplomática, pero en su forma actual data del siglo XVI. En sus comienzos, los comerciantes

de un país que desempeñaban sus actividades en otro elegían un cónsul entre ellos mismos. Más tarde los Estados establecieron servicios consulares y acreditaron cónsules de profesión en países extranjeros.

Las relaciones consulares entre Estados estaban regidas tradicionalmente por tratados bilaterales y por la costumbre internacional. En 1963 una conferencia internacional reunida en Viena adoptó una Convención sobre Relaciones Consulares, la cual contiene reglas detalladas y completas sobre esta materia.

En los tratados y en la práctica consulares se distingue entre cónsules de profesión y cónsules honorarios. Los cónsules de profesión son funcionarios permanentes del Estado que los envía, desempeñan exclusivamente funciones consulares y tienen, en principio, la nacionalidad de dicho Estado. Los cónsules honorarios ejercen otra profesión u oficio en el país en que actúan y pueden ser nacionales de ese país. Los cónsules de profesión gozan de mayores prerrogativas que los cónsules honorarios.

El cónsul es provisto por el Estado que lo envía de un documento llamado letras patentes, que acredita su calidad de tal.

El cónsul es admitido al ejercicio de sus funciones por una autorización del Estado receptor llamada exequátur. Si el Estado receptor revoca el exequátur termina la función del cónsul.

Los cónsules no están sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales o administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares; el cónsul no puede ser juzgado por tales actos ante la justicia local. En cambio, están sometidos a la jurisdicción local por los actos de carácter privado. Las inmunidades de que gozan los cónsules son, pues, más restringidas que las inmunidades de que gozan los agentes diplomáticos. La determinación de si un acto ha sido o no ejecutado en el ejercicio de las funciones consulares puede presentar dificultades. La Corte de Apelaciones de París consideró en 1929 que un funcionario consular norteamericano en París, Mr. Bigelow, no actuó dentro de sus funciones oficiales al declarar a la prensa local que no había concedido una visación a la Princesa Zizianoff porque era una espía internacional.

Los locales consulares gozan de inviolabilidad: las autoridades locales no pueden entrar en la parte de ellos que se utilice exclusiva-

mente para el trabajo de la oficina consular. Los archivos y documentos consulares son siempre inviolables, dondequiera que se encuentren; no pueden ser examinados ni registrados por las autoridades locales bajo ningún pretexto.

En la actualidad, algunos países designan a un miembro de la misión diplomática para que ejerza funciones consulares.

E. OTROS REPRESENTANTES

Los Estados pueden actuar en el ámbito internacional por medio de otros agentes o representantes. Los principales son los siguientes:

- las misiones especiales de carácter representativo que un Estado envía a otro para un asunto determinado, como negociar un tratado, asistir a la transmisión del mando, solucionar un diferendo, etc. En 1969 se adoptó una Convención sobre las Misiones Especiales;
- las delegaciones a congresos y conferencias internacionales;
- las delegaciones permanentes ante organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas, la UNESCO, la OEA; y
- las delegaciones especiales ante organizaciones internacionales, como las que los Estados envían cada año a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Los miembros de estas misiones o delegaciones, sus locales, archivos y bienes gozan también de ciertas prerrogativas e inmunidades.

LA SOLUCION PACIFICA DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

"Creo que ciertamente vale más litigar que batirse, pero más vale aún entenderse que litigar."

LOUIS RENAULT

5

CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

Una controversia ha sido definida como "un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas."¹ A veces se emplean como sinónimos de controversia los términos diferendo, litigio, disputa y conflicto.

Los diferendos internacionales oponen a dos Estados o, de manera más general, a dos sujetos de derecho internacional.

Para probar la existencia de una controversia no sólo hay que demostrar que hay una divergencia de puntos de vista entre dos Estados respecto de un punto de hecho o de derecho. Es también necesario probar que la pretensión de una de las partes enfrenta una oposición manifiesta de la otra parte, es decir que la controversia ha cristalizado.

El derecho internacional general y la Carta de las Naciones Unidas imponen a los Estados la obligación de solucionar sus controversias internacionales por medios pacíficos, sin recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, pero no les imponen determinados medios de solución. La

¹ Corte Permanente de Justicia Internacional. *Series A.* N° 2. p. 11.

elección de un medio determinado depende del acuerdo de los Estados en litigio. Como lo expresara la Corte Permanente de Justicia Internacional:

"Está bien establecido en derecho internacional que ningún Estado puede ser obligado a someter sus controversias con los demás Estados a la mediación, al arbitraje o a cualquier otro medio de solución pacífica sin su consentimiento."¹

Los medios de solución pacífica de las controversias internacionales son de dos clases:

— unos, llamados *políticos o diplomáticos*, tienden a facilitar el acuerdo entre las partes en litigio. Son: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y la conciliación. La solución lograda por uno de estos medios se concreta en un acuerdo o tratado entre las partes contendientes.

— otros medios, llamados *jurídicos*, consisten en someter el litigio a un tribunal internacional para que lo resuelva mediante una sentencia obligatoria. Son: el arbitraje y el arreglo judicial. Ambos terminan con una sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada.

En cuando a las controversias que estos medios están llamados a solucionar se distingue entre *controversias jurídicas* y *controversias políticas*. Controversias jurídicas son aquellas en que las partes están en desacuerdo sobre la existencia, interpretación o aplicación de reglas de derecho internacional. En ellas ambas partes se sitúan en el terreno del derecho internacional, pero lo interpretan o aplican de manera diferente. Por ejemplo, dos Estados discuten sobre la interpretación de un tratado de límites que establece una frontera entre ambos.

Controversias políticas, en cambio, son aquellas en que una de las partes o ambas fundamentan sus respectivas pretensiones fuera del

¹ Series B, N° 5, p. 27.

derecho internacional vigente e invocan en apoyo de sus pretensiones razones políticas, económicas o de equidad. Por ejemplo, un Estado pretende *revisar* una frontera establecida en un tratado por estimar que no corresponde a las realidades políticas o a las exigencias de la equidad. Los diferendos políticos no son susceptibles de ser solucionados por procedimientos jurídicos, tales como el arbitraje o la decisión de una corte internacional. Su solución hay que buscarla por negociaciones directas u otros medios de carácter diplomático.

A. MEDIOS POLITICOS O DIPLOMATICOS

[NEGOCIACIONES DIRECTAS]

Las negociaciones directas son el medio normal para resolver las controversias internacionales.

Las negociaciones se desarrollan normalmente por vía diplomática. También se efectúan entre plenipotenciarios de los Estados en litigio, entre Ministros de Relaciones Exteriores y aún entre Presidentes y Primeros Ministros.

Numerosos tratados de solución pacífica de controversias contemplan expresamente el recurso a las negociaciones directas. Algunos de ellos establecen que las partes deben tratar de solucionar un diferendo entre ellas mediante la negociación directa antes de invocar otros medios de solución pacífica.

El Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina, de 1984 dispone: "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." Según el Tratado, si a juicio de ambas Partes o de una de ellas, las negociaciones directas no alcanzaren un resultado satisfactorio, se podrá recurrir a los demás medios de solución estipulados en el Tratado (Artículo 4°).

Las negociaciones directas pueden conducir a un arreglo de la controversia o a acordar otro método de solución pacífica para resolverla.

Un Estado presta sus buenos oficios cuando se limita a aproximar a las partes, a impulsarlas a negociar, por estimar que la desconfianza o el resentimiento reinante entre ellas impide el diálogo espontáneo. También pueden prestar sus buenos oficios una organización internacional o una personalidad destacada.

Los buenos oficios son solicitados por las partes contendientes u ofrecidos por un tercer Estado. El ofrecimiento de buenos oficios no debe ser considerado como un acto inamistoso, pero puede ser declinado.

Con ocasión del incidente de *Dogger-Bank* (1904) entre Gran Bretaña y Rusia, el Ministro de Asuntos Exteriores de Francia, Casimir Delcassé, se propuso "facilitar las explicaciones entre Londres y San Petersburgo". La acción que entonces desplegara contribuyó a lograr un entendimiento anglo-ruso para someter a una comisión internacional de investigación la controversia surgida.

Durante el año 1993 los buenos oficios prestados discretamente por el Gobierno noruego permitieron que se reunieran en Oslo representantes de Israel y de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) y convinieran una Declaración de Principios que se firmó solemnemente en Washington. Esta Declaración enuncia principios relativos al autogobierno palestino interino y contempla negociaciones sobre el status permanente en la región.

MEDIACIÓN

En la mediación un tercero —el mediador— participa en las negociaciones y formula a las partes en controversia sugerencias y propuestas tendientes a solucionar el diferendo.

La mediación puede ser solicitada por las partes en una controversia u ofrecida por un tercer Estado. En este último caso las partes no tienen la obligación de aceptarla, pero el ofrecimiento no constituye un acto inamistoso.

El mediador no es un juez que dicta fallos sino un amigo común que busca la avenencia. Su papel es recomendar, sugerir, hacer atisbar

una solución justa y honrosa para que las partes eventualmente la adopten.

La influencia del mediador emana de la prestancia que le otorga su propia función de intermediario amigo.

En virtud de los Acuerdos de Montevideo de 8 de enero de 1979, los gobiernos de Chile y Argentina solicitaron la mediación de la Santa Sede con el fin de guiarlos en las negociaciones y asistirlos en la búsqueda de una solución del diferendo sobre la zona austral. Ambos gobiernos convinieron en no poner objeción a que la Santa Sede manifestara ideas con el ánimo de contribuir a lograr un arreglo pacífico, y declararon su buena disposición para considerar las ideas que la Santa Sede pudiera expresar.

El Papa Juan Pablo II designó como su representante para la Mediación Pontificia al Cardenal Antonio Samoré.

Como resultado de las prolongadas negociaciones realizadas con ayuda de la Santa Sede, los Ministros de Relaciones Exteriores de Chile y de Argentina firmaron, el 29 de noviembre de 1984, un Tratado de Paz y Amistad que solucionó el diferendo sobre la zona austral.

(INVESTIGACIÓN)

Las partes en una controversia pueden designar una comisión internacional de investigación a fin de que esclarezca los puntos de hecho sobre los cuales existe una divergencia de apreciación. La investigación de los hechos prepara el camino para una solución negociada.

Las partes no están obligadas a aceptar las conclusiones de la comisión de investigación, a menos que hayan convenido lo contrario.

Las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 contemplaron el recurso a comisiones internacionales de investigación.

El procedimiento de investigación fue establecido en los Tratados Bryan, celebrados por Estados Unidos con diversos países desde 1913.

En el tratado suscrito con Chile en 1914 las partes convienen que todas las cuestiones que en el futuro se susciten entre ellas, y que no hubieren podido arreglarse por la vía diplomática, sean sometidas, para su investigación e informe, a una comisión internacional compuesta de cinco miembros: dos designados por cada Gobierno (uno solo de su

nacionalidad) y un quinto elegido de común acuerdo. Cualquiera de las partes puede convocar a la comisión. Esta debe presentar su informe, dentro del plazo de un año, a los dos Gobiernos, a fin de que éstos procuren nuevamente el arreglo de la dificultad a la luz del informe mencionado. Las partes se obligan a no declararse la guerra ni a iniciar hostilidades antes de la presentación del informe.

El incidente de Dogger-Bank

En la noche del 21 al 22 de octubre de 1904, durante la guerra ruso-japonesa, la flota rusa del Báltico, que se dirigía al Lejano Oriente, abrió fuego en las proximidades de Dogger-Bank, en el Mar del Norte, contra lo que creyó eran torpederos japoneses, causando la muerte de dos pescadores británicos y considerables daños a buques pesqueros ingleses. Gran Bretaña exigió del Gobierno Imperial ruso excusas oficiales, resarcimiento de daños y castigo ejemplar de los culpables. Por su parte, el Gobierno ruso sostuvo que sus buques habían sido atacados por torpederos japoneses y que al responder al fuego enemigo, en legítima defensa, habían infligido daños a la flotilla pesquera inglesa.

Los ánimos se exaltaron en Londres y San Petersburgo y se temió un conflicto armado entre ambos países. Estos acordaron someter el caso a una Comisión Internacional de Investigación. La Comisión no sólo determinaría los hechos del incidente sino también emitiría una opinión sobre el grado de culpa en que hubieran incurrido las personas responsables.

La Comisión, compuesta por cinco almirantes (británico, ruso, norteamericano, francés y austríaco) y dos jurisconsultos-asesores, uno ruso y otro inglés, se reunió en París.

El informe de la Comisión estableció que no hubo buques torpederos en el lugar del incidente, que los disparos de la flota rusa no habían tenido justificación, que el almirante de la flota rusa había sido responsable del incidente, pero que estos hechos no menguaban las cualidades militares o la humanidad del almirante ruso o del personal de su escuadra. A consecuencia de este informe, Gran Bretaña no insistió en el castigo del almirante ruso y Rusia pagó una indemnización a Gran Bretaña.

En 1971 el barco pesquero inglés *Red Crusader* fue detenido por un buque de guerra danés, cuyo comandante estimó que el pesquero se encontraba dentro de la zona exclusiva de pesca de las islas Feroe, pertenecientes a Dinamarca. Para facilitar la solución de la controversia que surgió, y que presentaba complejos problemas de hecho y de derecho, Gran Bretaña y Dinamarca designaron una comisión de investigación de tres personas, bajo la presidencia del profesor Charles de Visscher, y se obligaron a aceptar como definitivas sus conclusiones. La Comisión presentó su informe y, sobre la base del mismo, las partes llegaron a un arreglo directo.

[CONCILIACIÓN]

Es un modo de solución de las controversias internacionales en virtud del cual una comisión constituida por las partes procede al examen imparcial de una controversia y se esfuerza por definir términos de arreglo susceptibles de ser aceptados por ellas.

Los términos de arreglo propuestos por la comisión no son obligatorios para las partes; éstas pueden o no aceptarlos.

La comisión de conciliación está formada por miembros designados por cada parte y por uno o más miembros extranjeros designados de común acuerdo por ambas partes. Puede ser establecida a título permanente o puede ser constituida *ad hoc* para entender de un litigio determinado.

La comisión fija su propio procedimiento y está autorizada para interrogar testigos, realizar visitas oculares y disponer peritajes. Las partes están representadas ante ella por agentes. Sus decisiones se adoptan por mayoría de votos.

La comisión no es un tribunal y su procedimiento es más flexible que el judicial.

Existen numerosos tratados bilaterales de conciliación. El Tratado de Paz entre Chile y Argentina estableció una Comisión Permanente de Conciliación compuesta de tres miembros: uno designado por cada parte y un tercero (presidente) elegido por las partes de común acuerdo.

También hay tratados multilaterales de arreglo pacífico que contemplan la conciliación, tales como el Acta General de Ginebra de 1924 (revisada en 1949) y el Pacto de Bogotá sobre Soluciones Pacíficas (1948). En algunas convenciones modernas, como la Convención sobre el Derecho de los Tratados (1969) y la Convención sobre el Derecho del Mar (1982), se estipula el procedimiento de conciliación para la interpretación o aplicación de sus disposiciones.

No existe un tipo único de conciliación. Existen tratados y acuerdos sobre conciliación, los cuales contienen tanto rasgos similares como modalidades específicas.

El procedimiento de conciliación ha tenido diversas aplicaciones. Una Comisión de Conciliación, presidida por el jurista norteamericano Elliot L. Richardson, conoció de una controversia entre Islandia y Noruega sobre la plataforma continental situada entre Islandia y la isla noruega de Jan Mayen. En su informe, la Comisión recomendó principios para el aprovechamiento conjunto de los hidrocarburos de la plataforma. Las recomendaciones de la Comisión fueron aceptadas por ambas partes.

B. MEDIOS JURIDICOS

Los medios jurídicos de solución pacífica de las controversias internacionales son el arbitraje y la solución judicial. Ambos terminan con la decisión obligatoria de un tribunal, pero en tanto que en el arbitraje las partes constituyen el tribunal, escogen los árbitros y convienen el procedimiento, el arreglo judicial presupone la existencia de un tribunal permanente preconstituido que tiene sus propios jueces y reglas de procedimiento.

Los tribunales internacionales no están integrados dentro de un orden judicial jerárquico, como lo están los tribunales que configuran el Poder Judicial de un Estado. Cada tribunal arbitral o judicial es independiente y autónomo. Sin embargo, los Estados pueden convenir expresamente que las decisiones de determinado tribunal sean recurridas ante otro tribunal que designan.

EL ARBITRAJE

Según el artículo 37 de la Convención de La Haya sobre Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales, de 1907,

"El arbitraje internacional tiene por objeto la solución de los conflictos entre Estados por jueces de su elección sobre la base del respeto al derecho.

El recurso al arbitraje implica la obligación de conformarse de buena fe a la sentencia."

El arbitraje tiene por base el consentimiento de los Estados en litigio. La sentencia arbitral es obligatoria. Lo que diferencia al arbitraje de los procedimientos de solución pacífica que tienden a lograr un acuerdo entre las partes.

El arbitraje es un medio muy apropiado para la solución de las controversias jurídicas, tales como las relativas a interpretación de tratados y a fronteras.

HISTORIA

Aunque el arbitraje es una institución muy antigua, su historia moderna se remonta al Tratado Jay, firmado por Estados Unidos y Gran Bretaña en 1794. Este Tratado estableció tres Comisiones Mixtas para resolver varios problemas pendientes entre ambos países derivados de la Guerra de la Independencia de los Estados Unidos.

Durante el siglo XIX los arbitrajes se hacen más frecuentes y la institución recibe un impulso considerable con el arbitraje del Alabama, entre los Estados Unidos y Gran Bretaña, que tuvo lugar en Ginebra en 1872, ante un tribunal compuesto por cinco árbitros (italiano, suizo, brasileño, norteamericano y británico). El tribunal dictó un laudo contra Gran Bretaña por US\$ 15.500.000, entonces una suma considerable. Esta fue la primera ocasión en que dos Grandes Potencias sometieron al arbitraje una controversia que, para emplear el lenguaje de la época, afectaba "el honor y los intereses vitales" de las partes. Se

ha estimado que durante el período comprendido entre el Tratado Jay y fines del siglo XIX se dictaron 177 sentencias en litigios entre Estados. Algunas de ellas fueron pronunciadas por Comisiones Mixtas de Reclamaciones establecidas entre dos Estados para resolver reclamaciones por daños causados a particulares.

En la primera Conferencia de Paz de La Haya, de 1899, se suscribió la Convención para la Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales (revisada en 1907). Esta Convención estableció la llamada Corte Permanente de Arbitraje.

En el presente siglo se ha recurrido con frecuencia al arbitraje internacional. Así, por ejemplo, Chile y Argentina han sido partes en arbitrajes para dirimir sus controversias limítrofes. El Gobierno de Su Majestad Británica ha resuelto como Arbitro tres controversias entre ambos países: la del límite en la Cordillera de los Andes (1902), la de Palena (1966) y la relativa a la región del canal Beagle (1977). Un tribunal arbitral integrado por cinco juristas latinoamericanos decidió un litigio chileno-argentino sobre la región de Laguna del Desierto.

En 1981, después de la revolución islámica que derrocó al Sha de Persia, los Estados Unidos e Irán establecieron en La Haya un Tribunal para conocer de reclamaciones pecuniarias de ambos países y de sus respectivos nacionales que se hubieran suscitado con motivo de contratos sobre compraventas y servicios. Los Estados Unidos presentaron 3.340 reclamaciones. Irán 470.

Arb

LA COMPETENCIA DE UN TRIBUNAL ARBITRAL

Es una regla bien establecida en derecho internacional que ningún Estado está obligado a someter sus controversias con otro Estado al arbitraje o a otro medio de solución pacífica sin su consentimiento. La competencia o jurisdicción de un tribunal arbitral para conocer de un determinado diferendo depende, pues, de la voluntad de los Estados que son partes en dicho diferendo.

Los Estados pueden atribuir competencia a un tribunal arbitral por alguno de los siguientes medios:

- el compromiso arbitral,
- la cláusula compromisoria, y
- un tratado general de arbitraje o de solución pacífica de controversias.

El compromiso

El compromiso es un acuerdo especial entre Estados por medio del cual someten una controversia existente entre ellos a la decisión de un tribunal arbitral.

En el compromiso las partes determinan el objeto de la controversia, designan los miembros del tribunal, convienen las reglas de procedimiento y el derecho aplicable, etc. Es el compromiso el que confiere competencia al tribunal y determina los límites de ella. En el ejercicio de la tarea que le está confiada el tribunal debe ceñirse a los términos que definen su competencia.

El compromiso es un tratado internacional y, por lo tanto, le son aplicables las reglas generales sobre el derecho de los tratados.

La cláusula compromisoria

Es la cláusula inserta en un tratado en virtud de la cual los Estados contratantes se obligan a someter a arbitraje las controversias que pudieren surgir entre ellos con respecto de la interpretación y aplicación del tratado.

Tratado general de arbitraje y tratado de solución pacífica de controversias

En un tratado general de arbitraje o de solución pacífica de controversias dos o más Estados pueden convenir someter al arbitraje todas las controversias o determinada categoría de controversias que surjan entre ellos y que no puedan resolverse por negociaciones directas.

Antes de entrar a conocer de un diferendo el tribunal debe cerciorarse de que tiene competencia para ello en virtud de un título de competencia válido: compromiso, cláusula compromisoria o tratado de arbitraje o de soluciones pacíficas. A falta de tal título, el tribunal debe declinar su competencia en la especie.

- obligatorio en la C.

Si surgiere entre las partes la cuestión de si el tribunal tiene o no competencia en el caso, el propio tribunal debe resolverla preliminarmente. El tribunal es, pues, juez de su propia competencia en virtud de una regla de derecho internacional común. Así lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia:

"Desde el caso del Alabama se admite, en conformidad a precedentes anteriores, que, a menos de convención en contrario, un tribunal internacional es juez de su propia competencia y tiene la facultad de interpretar a este efecto los actos que rigen esta competencia."¹

Sin embargo, la competencia de un tribunal internacional para determinar su propia competencia no es ilimitada. El tribunal no puede usurpar poderes que manifiestamente no le confiere el título de competencia interpretado a la luz de los principios del derecho internacional. De otra manera, cometería un exceso de poder (*excès de pouvoir*) que traería consigo la nulidad de su decisión.

En todo caso, el hecho de que dos Estados hayan convenido recurrir al arbitraje para resolver ciertas controversias no significa que, en un caso determinado, no puedan optar, de común acuerdo, por otro medio de solución pacífica que les parezca más conveniente.

ARBITRAJE FACULTATIVO Y ARBITRAJE OBLIGATORIO

El arbitraje internacional es, en principio, de carácter facultativo, es decir, los Estados no están obligados a someter sus controversias al arbitraje. Los Estados que desean someter al arbitraje una controversia determinada deben celebrar un compromiso arbitral.

El arbitraje es obligatorio cuando dos Estados se han obligado por anticipado a solucionar por este medio los diferendos, o determinada categoría de diferendos, que surjan entre ellos. El arbitraje obligatorio supone un acuerdo preexistente, como un tratado general de arbitraje.

¹ Caso relativo a la *Sentencia Arbitral de 31 de julio de 1989* (Guinea Bissau/Senegal), *Reports* 1992, p. 69.

en que cada una de las partes se obliga a someter un litigio al arbitraje a solicitud de la otra parte. El Tratado de Paz y Amistad entre Chile y Argentina establece el arbitraje obligatorio

La distinción entre arbitraje facultativo y arbitraje obligatorio es relativa. En efecto, hay tratados en que los Estados convienen, en términos generales, someter sus litigios al arbitraje, de manera que para concretar el arbitraje en un caso específico es necesario negociar un compromiso que individualice la controversia, designe los árbitros, etc. En estos casos la celebración del compromiso puede ser difícil o frustrarse porque las partes no se ponen de acuerdo sobre sus términos. El Tratado de Paz entre Israel y Egipto de 1979 dispuso que las controversias que surgieran con motivo de la interpretación o aplicación del Tratado y que no fueran solucionadas por negociaciones "serían resueltas por conciliación o sometidas al arbitraje.". Como surgiera un litigio sobre la región fronteriza de Taba y no se lograra una solución directa, las partes, tras arduas negociaciones, celebraron un compromiso para someter el diferendo sobre Taba a un tribunal arbitral.

DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS

El tribunal arbitral puede estar formado por un árbitro único o por varios árbitros, según lo convengan las partes.

Las partes pueden designar un tribunal arbitral compuesto de un número impar de miembros, o designar como árbitro único a un Jefe de Estado, a un jurisconsulto de reconocido prestigio o a otra personalidad destacada. En la actualidad se prefiere establecer un tribunal compuesto por tres o cinco juristas.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Las partes pueden estipular en el compromiso el procedimiento a que debe sujetarse la tramitación del juicio arbitral o disponer que el propio tribunal lo fije. El procedimiento consta generalmente de memorias, contramemorias, alegatos orales, diligencias periciales, visitas al terre-

no. Las partes son representadas ante el tribunal por agentes y son asistidas por abogados, asesores y técnicos. Es frecuente que los Estados contraten los servicios de distinguidos juristas nacionales y extranjeros para que los asesoren en la redacción de las piezas escritas, o aleguen ante el tribunal arbitral.

DERECHO APLICABLE

En principio, el tribunal arbitral debe decidir el litigio aplicando el derecho internacional. Si las partes no han convenido otra cosa, el tribunal debe ceñirse a los principios y reglas del derecho internacional que considere aplicables, aunque las partes no los invoquen expresamente. Es el principio jura novit curia (el tribunal conoce el derecho).

Las partes pueden disponer en el compromiso que el tribunal decida ex aequo et bono, es decir, conforme a la equidad y no al derecho estricto.

LA SENTENCIA ARBITRAL O LAUDO

El juicio arbitral termina con la sentencia o laudo. Ella debe ser motivada.

La sentencia está revestida de la autoridad de cosa juzgada presunción en virtud de la cual los hechos establecidos y los derechos reconocidos por la decisión arbitral quedan a firme.

La sentencia es obligatoria y definitiva. Es una regla de derecho internacional común que los Estados litigantes deben conformarse a ella y cumplirla de buena fe. La sentencia tiene efectos relativos: sólo es obligatoria para las partes litigantes y respecto del caso que ha sido decidido por ella. En virtud de su carácter definitivo e irrevocable no procede apelación en contra de la sentencia y el árbitro no puede modificarla después de pronunciada.

Sin embargo, se admiten respecto de la sentencia el recurso de interpretación y, si ha sido convenido, el de revisión. También una sentencia puede impugnarse por motivo de nulidad.

Interpretación. Se admite la facultad del tribunal arbitral para interpretar su sentencia a solicitud de una de las partes o de ambas. La interpretación debe versar exclusivamente sobre lo resuelto por la sentencia. El tribunal no puede pronunciarse sobre cuestiones nuevas por vía de interpretación.

Revisión. En algunos tratados de arbitraje los Estados han pactado un recurso de revisión de la sentencia, ante el mismo tribunal que la dictó, por ciertas causales excepcionales. El Tratado de Paz y Amistad chileno-argentino contempla la revisión en dos casos: a) si se ha dictado sentencia en virtud de un documento falso o adulterado; y b) si la sentencia ha sido en todo o parte consecuencia de un error de hecho, que resulte de las actuaciones o documentos de la causa. La revisión debe solicitarse antes de vencido el plazo señalado para la ejecución del fallo.

Nulidad de la sentencia. También se admite que una de las partes puede impugnar una sentencia por vicio de nulidad. Las causas de nulidad son: el exceso de poder del tribunal, ^{1. Exceso de poder} la corrupción de un miembro de éste ^{2. Corrupción} y la infracción grave de una regla fundamental de procedimiento. Una sentencia que incurre en uno de estos vicios es manifiestamente irregular y puede ser impugnada por nulidad.

Sin embargo, el Estado que invoca la nulidad no puede declararla unilateralmente. Corresponde que ambos Estados traten de entenderse sobre la cuestión de nulidad y, si no lo logran, sometan el nuevo litigio sobre nulidad de la sentencia a otro tribunal internacional.

El tribunal que conoce de la nulidad no oye el caso de nuevo, no revisa el laudo, "no tiene la misión de decir si se ha juzgado bien o mal". Su misión es la de decidir si la sentencia arbitral impugnada incurrió o no en un vicio que justifique declararla nula.

La Corte Internacional de Justicia no admitió la nulidad de una sentencia dictada en 1906 por el Rey Alfonso XIII de España en un litigio de fronteras entre Honduras y Nicaragua, ni la nulidad de la sentencia pronunciada por un tribunal arbitral en un caso entre Guinea-Bissau y Senegal sobre delimitación marítima.

En 1978 el Gobierno argentino declaró por sí y ante sí "insanablemente nulo" el laudo dictado por Su Majestad Británica en

el caso del canal *Beagle*. El Gobierno de Chile rechazó esta declaración unilateral de nulidad e hizo reserva formal de todos sus derechos. El Tratado de Paz y Amistad entre ambos países reconoció tácitamente la validez de lo resuelto por el laudo británico.

CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA

Las partes están obligadas a ejecutar de buena fe la sentencia y a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su fiel y leal cumplimiento. También las partes pueden acordar que el árbitro ejecute la sentencia, por sí o por otras personas. Así, por ejemplo, pueden convenir en que el tribunal haga colocar en el terreno los hitos necesarios para materializar la línea de frontera que ha sido decidida por la sentencia.

Como la función del tribunal arbitral termina normalmente con el fallo y pueden suscitarse dificultades sobre el cumplimiento del mismo, es conveniente estipular en el compromiso que el tribunal no se considerará functus officio hasta que se haya ejecutado la sentencia a satisfacción del tribunal.

¿Qué ocurre en el caso —poco frecuente— de que el Estado perdedor en un arbitraje se niegue a cumplir la sentencia arbitral?

El incumplimiento de una sentencia arbitral constituye un hecho ilícito internacional que compromete la responsabilidad del Estado infractor. Ante esta situación, poco o nada puede hacer el tribunal, ya que no dispone de medios para imponer por la fuerza el cumplimiento de su sentencia. Corresponderá al otro Estado poner en práctica los medios que el derecho internacional le franquea (retorsiones, represalias, recursos ante organizaciones internacionales, etc.) para obtener el cumplimiento del fallo.

LA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

Con el propósito de facilitar el recurso al arbitraje, la Primera Conferencia de Paz de La Haya (1899) creó la llamada Corte Permanente de Arbitraje. La Corte estaría a disposición de los Estados, los cuales, de

común acuerdo, podrían recurrir a ella para someterle una controversia. Su jurisdicción es, pues, voluntaria o facultativa.

Para facilitar el funcionamiento de esta Corte se creó una Oficina (*Bureau*) Internacional, con sede en La Haya, destinada a ser la Secretaría de la Corte, tener la custodia de sus archivos y controlar los asuntos administrativos.

La Corte Permanente de Arbitraje no es una Corte ni tiene carácter permanente. Es una lista de personas escogidas para ejercer funciones arbitrales. Cada Estado parte en la Convención de La Haya designa, a lo más, cuatro personas de reconocida competencia en cuestiones de derecho internacional. Con los nombres de las personas así designadas se confecciona una lista de eventuales árbitros; de esta lista, llegado el caso, los Estados litigantes pueden seleccionar los árbitros que han de constituir el tribunal. La sentencia es dictada en nombre de la Corte Permanente de Arbitraje.¹

La Corte Permanente de Arbitraje ha conocido de pocos casos en los últimos años, pero se está tratando de ampliar sus funciones e infundirle mayor dinamismo.

MÉTODOS ANÁLOGOS AL ARBITRAJE: EL 'RULING'

Se han empleado en años recientes métodos de arreglo novedosos que tiene semejanza con el arbitraje sin constituir propiamente arbitraje. Encontramos un ejemplo en el caso del *Rainbow Warrior*.

En 1985, el *Rainbow Warrior*, buque ecologista anclado en aguas de Nueva Zelandia, fue hundido por dos agentes secretos de Francia.

¹ No confundirla con la Corte Permanente de Justicia Internacional ni con la Corte Internacional de Justicia. La Corte Permanente de Arbitraje está reglamentada en la Convención sobre Solución Pacífica de los Conflictos Internacionales, de 1899, revisada en 1907, la cual también contempló el procedimiento arbitral. El conjunto de personas nombradas por cada Estado para actuar como posibles árbitros forman los llamados "grupos nacionales" de la Corte. Estos grupos proponen candidatos a jueces de la Corte Internacional de Justicia. Son actualmente miembros del grupo chileno (en orden alfabético) los señores Santiago Benadava, Rodrigo Díaz Albónico, Edmundo Vargas Carreño y Eduardo Vío Grossi.

Los dos agentes fueron arrestados en el lugar y condenados a diez años de prisión. Con el fin de solucionar la controversia surgida, Francia y Nueva Zelandia solicitaron al Secretario General de las Naciones Unidas que la resolviera por medio de un ruling de carácter obligatorio.

El Secretario General, después de recibir exposiciones escritas de ambas Partes, emitió un Ruling en que condenó a Francia a presentar excusas y a pagar una compensación a Nueva Zelandia; y dispuso el traslado de los dos oficiales franceses a una isla francesa lejana fuera de Europa por un período de tres años. Para asegurar el cumplimiento por las Partes del acuerdo que celebraron como resultado del Ruling, éste dispuso que los diferendos que pudieran surgir entre ellas serían sometidos, a solicitud de cualquiera de los dos Gobiernos, a una decisión arbitral obligatoria.

Como antes de cumplir su condena los agentes franceses abandonaran la isla en que se hallaban reclusos y Francia no accediera a retornarlos, Nueva Zelandia invocó el arbitraje. La sentencia del tribunal arbitral declaró responsable a Francia y recomendó la contribución de este país a un fondo destinado a estrechar las relaciones entre los ciudadanos de ambas naciones.

El Ruling del Secretario General, aunque obligatorio, no fue una decisión arbitral: no estuvo basado estrictamente en el derecho internacional ni fue ampliamente motivado. En cambio, sí fue sentencia arbitral la dictada por el tribunal arbitral después del alejamiento de los dos oficiales franceses de la isla a que habían sido confinados a consecuencia del Ruling.

EL ARREGLO JUDICIAL.

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

El arreglo judicial consiste en la solución de controversias por medio de la sentencia obligatoria pronunciada por un tribunal permanente dotado de una estructura legal orgánica.

Los Estados que recurren al arreglo judicial no necesitan constituir un tribunal ni señalarle reglas de fondo o de procedimiento, como

ocurre en el arbitraje. Aquí ya están en presencia de una corte permanente preestablecida que funciona de acuerdo con su propio Estatuto o tratado constitutivo.

Existen en la actualidad varios tribunales internacionales permanentes, tales como la Corte Internacional de Justicia (La Haya), la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo), la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica) y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar (Hamburgo).

En este capítulo nos limitaremos al estudio de la Corte Internacional de Justicia.

La Corte Internacional de Justicia es virtualmente la sucesora de la Corte Permanente de Justicia Internacional, establecida en cumplimiento de lo dispuesto en el Pacto de la Sociedad de las Naciones. La Corte Permanente, inaugurada en 1922, se mantuvo efectivamente en funciones hasta la Segunda Guerra Mundial. En la Conferencia de San Francisco (1945) se discutió si mantener la Corte Permanente con algunas modificaciones de su Estatuto o establecer una Corte nueva. Favorecía esta última opción el hecho de que algunos Estados partes en el Estatuto de la Corte Permanente, entre ellos todos los países del Eje, no estaban representados en San Francisco. Por otra parte, varios Estados representados en la Conferencia de San Francisco, entre ellos los Estados Unidos y la Unión Soviética, no eran partes en dicho Estatuto.

Finalmente se impuso la idea de una nueva Corte y el artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas estableció:

"La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de acuerdo con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta."

Por otra parte, el Estatuto de la nueva Corte le transfirió las aceptaciones de la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional

que aún estuvieren vigentes. Se mantuvo así una continuidad entre ambos tribunales.¹

PARTES EN EL ESTATUTO DE LA CORTE

Todos los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte. Un Estado que no sea miembro de las Naciones Unidas puede llegar a ser parte en dicho Estatuto de acuerdo con las condiciones que determine, en cada caso, la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad (artículo 93 de la Carta de las Naciones Unidas). Estas condiciones, fijadas por primera vez en la resolución de la Asamblea del 11 de diciembre de 1946, han sido hasta ahora las mismas en todos los casos: aceptación del Estatuto, compromiso de cumplir las decisiones de la Corte, contribución a los gastos de ella. Son actualmente partes en el Estatuto, sin ser miembros de las Naciones Unidas, Nauru y Suiza.

JUECES DE LA CORTE

La Corte es un cuerpo de magistrados independientes, elegidos sin tener en cuenta su nacionalidad, de entre personas que gozan de alta consideración moral y que reúnen las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países, o que son juristas de reconocida competencia en materia de derecho internacional. Tiene su sede en La Haya, Países Bajos.

La Corte se compone de 15 jueces, de los cuales no puede haber dos que sean nacionales del mismo Estado; ellos ejercen sus cargos por nueve años y pueden ser reelegidos.

¹ Los documentos básicos relativos a la Corte son:

- 1) la Carta de las Naciones Unidas (artículos 92 al 96);
- 2) el Estatuto de la Corte;
- 3) el Reglamento de la Corte adoptado por ella el 14 de abril de 1978; y
- 4) la Resolución relativa a la práctica interna de la Corte en materia jurídica, adoptada el 12 de abril de 1976.

La Corte se renueva parcialmente (cinco jueces) cada tres años. La renovación parcial, al evitar que se reemplacen todos los magistrados, permite mantener cierta continuidad en la labor del Tribunal.

El procedimiento de elección de los jueces es el siguiente: cada uno de los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje propone no más de cuatro candidatos, cuyos nombres son comunicados al Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General prepara una lista, por orden alfabético, de todas las personas propuestas y la presenta a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad. La Asamblea General y el Consejo de Seguridad proceden independiente y simultáneamente a la elección de los miembros de la Corte, debiendo tomar en cuenta no sólo que las personas que hayan de elegirse reúnan individualmente las condiciones requeridas, sino también que en el conjunto estén representados las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo. Quedan elegidos los candidatos que obtengan una mayoría absoluta de votos tanto en la Asamblea General como en el Consejo de Seguridad. En la votación del Consejo para elegir magistrados no hay distinción entre miembros permanentes y no permanentes, es decir, *no existe derecho de veto*.

Los jueces de la Corte son independientes de sus gobiernos en el ejercicio de sus funciones; son inamovibles, salvo decisión unánime del Tribunal, y no pueden desempeñar función política o administrativa alguna.

Los idiomas oficiales de la Corte son el inglés y el francés, pero la Corte puede autorizar el uso de otro idioma.

Los magistrados de la misma nacionalidad de cada una de las partes litigantes conservan su derecho de participar en la vista del caso de que conoce la Corte. Si en la Corte hay un magistrado de la nacionalidad de una de las partes, cualquiera otra parte podrá designar un juez *ad hoc*, es decir, un juez para la vista del caso. Si en la Corte no hubiere ningún magistrado de la nacionalidad de las partes, cada una de ellas podrá designar un juez *ad hoc*.

El juez *ad hoc* participa en la vista del caso para el que ha sido designado en términos de completa igualdad con los demás magistrados.

La Corte ejerce normalmente sus funciones en sesión plenaria. El quórum es de nueve jueces.

El Tribunal elige su Presidente y Vicepresidente, por tres años, y nombra su Secretario (Greffier).

SALAS DE LA CORTE

Normalmente la Corte funciona en pleno. Sin embargo, el Estatuto dispone que la Corte puede funcionar en salas con menos miembros. Hay tres tipos de salas:

Sala de procedimiento sumario. Se establece cada año para facilitar el pronto despacho de los asuntos. Sólo un caso fue sometido a esta Sala en 1924.

Sala de asuntos especiales. Puede ser establecida para conocer de determinadas categorías de litigios, como los litigios del trabajo y los relativos a las comunicaciones y al tránsito. Por primera vez, en 1993, la Corte estableció una Sala especial de siete jueces para casos relativos al medio ambiente.

Salas ad hoc. A petición de las partes en un asunto determinado, la Corte puede constituir una Sala *ad hoc* para conocer de él. Las partes deben ser consultadas previamente respecto de la composición de la Sala. Esta modalidad determina que, en la práctica, no formen parte de la Sala magistrados que las partes no deseen incluir. En cierta medida, la composición de la Sala se asemeja a la de un tribunal arbitral, pero la Sala funciona de acuerdo con el Estatuto de la Corte y sus magistrados no son remunerados por las partes. En años recientes, varios casos han sido sometidos a una Sala *ad hoc*.

Se considera dictada por la Corte la sentencia pronunciada por cualquiera de estas Salas.

¿QUIÉNES PUEDEN LITIGAR ANTE LA CORTE?

"Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte" (artículo 34, párrafo 1, del Estatuto). Sólo ellos tienen locus standi.

En consecuencia, están excluidas del acceso a la Corte las entidades que no sean Estados, tales como las organizaciones internacionales y las personas naturales y jurídicas.

¿A cuáles Estados está abierta la Corte? A todos los que son partes en su Estatuto, sean o no miembros de las Naciones Unidas, y aun a aquellos que no son parte en dicho Estatuto y que acepten las condiciones establecidas en la Resolución del Consejo de Seguridad de 15 de octubre de 1946.

El hecho de que un Estado esté calificado para ser parte en un litigio ante la Corte no significa que haya conferido competencia o jurisdicción a la Corte para que resuelva uno o varios casos. Para conferirle competencia se requiere de un acto separado del Estado.

COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE

La competencia o jurisdicción de la Corte puede ser contenciosa y consultiva. A esta última nos referimos en párrafo aparte.

Entendemos por competencia (o jurisdicción) contenciosa de la Corte su poder o autoridad para administrar justicia, es decir, para pronunciar una decisión obligatoria sobre el fondo de una controversia que le ha sido sometida.

La Corte ha descrito cómo realiza el proceso de administrar justicia: "considerando los argumentos de las partes, justipreciando la prueba rendida por ellas, estableciendo los hechos y declarando el derecho que les es aplicable."¹

La competencia de la Corte es voluntaria. Ningún Estado está obligado a someter a la Corte una controversia con otro Estado sin su consentimiento. Ni el Estatuto de la Corte ni el derecho internacional general le imponen esta obligación. Para que la Corte pueda decidir una controversia es necesario que los Estados que son partes en ella le hayan conferido o le confieran competencia o jurisdicción para ello.²

¹ Caso del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas. Reports 1954, p. 56.

² Caso del Diferendo Fronterizo Terrestre, Insular y Marítimo. Reports 1990, p. 134.

El Comité de Juristas que redactó el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional propuso que la Corte tuviera competencia obligatoria respecto de todas las controversias jurídicas, pero esta idea no prosperó.

Durante la discusión del Estatuto de la Corte actual, en 1945, muchos Estados favorecieron la inserción, en el Estatuto del Tribunal, de una disposición que confiriera competencia obligatoria a la Corte en todas las controversias jurídicas. Sin embargo, otros Estados, entre ellos la Unión Soviética y los Estados Unidos, se mostraron en desacuerdo. "Finalmente prevaleció la opinión de que era preferible una Corte privada de jurisdicción obligatoria, pero aceptada por todos los miembros de las Naciones Unidas, que una Corte dotada de todos los atributos normales de un tribunal judicial, pero limitada solamente a algunos miembros de las Naciones Unidas."¹

La competencia contenciosa de la Corte está reglamentada en el artículo 36 de su Estatuto. Esta disposición indica las formas en que los Estados pueden manifestar su consentimiento para conferir competencia a la Corte. Estas formas o modalidades son tres: el compromiso,² un tratado o convención² y las declaraciones hechas en aplicación de la llamada "Cláusula Opcional".³ Cualquiera que sea la forma en que se exprese el consentimiento, la Corte sólo tiene competencia para conocer de las materias cubiertas por ese consentimiento.

1 - Compromiso

Se llama compromiso a un acuerdo especial entre dos o más Estados por medio del cual someten una controversia ya surgida a la Corte Internacional de Justicia. El compromiso es un verdadero tratado y debe ser notificado al Secretario de la Corte.

¹ Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, vol. II (1952), p. 59.

² El artículo 36, párrafo 1, del Estatuto expresa también que la competencia de la Corte se extiende "a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas." Además de que la Carta es un "tratado o convención vigente", ninguna de sus disposiciones confiere competencia o jurisdicción a la Corte.

2 - Tratado o convención

En un tratado sobre solución pacífica de controversias los Estados contratantes pueden convenir que todas las controversias o determinada categoría de controversias que surjan entre ellos deberán ser sometidas a la Corte Internacional de Justicia.

También las partes en un tratado pueden incluir una cláusula compromisoria para someter a la Corte las controversias que surjan con motivo de la interpretación o aplicación de dicho tratado.

En el compromiso el consentimiento se da *ad hoc*, en un tratado o convención se da *ante hoc*.

3 - Aceptación de la Cláusula Opcional

Se llama "Cláusula Opcional" o "cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria" al artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la Corte. Su texto es el siguiente:

"Los Estados partes en el presente 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:

- la interpretación de un tratado;
- cualquier cuestión de derecho internacional;
- la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional;
- la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional."

Las declaraciones de aceptación de la Cláusula Opcional pueden hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por cierto tiempo. Ellas deben ser remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas.

Las declaraciones de aceptación de la jurisdicción de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes se entienden transferidas a la Corte Internacional de Justicia.

Las reservas La práctica ha admitido que los Estados puedan formular sus declaraciones sujetas a reservas que excluyan de la aceptación de la competencia de la Corte ciertas categorías de controversias. Así, por ejemplo, algunas declaraciones han excluido las controversias relativas a una guerra o a hostilidades internacionales, las que versen sobre actividades vinculadas a la defensa nacional, las anteriores a determinada fecha, etc.

La reciprocidad es inherente al sistema de la Cláusula Opcional, y cuando las declaraciones son diferentes, como sucede a menudo, la Corte tiene competencia en la medida en que ambas declaraciones coinciden. Así, por ejemplo, imaginemos un pleito sobre delimitación marítima entre dos Estados que aceptaron la Cláusula Opcional: el Estado A excluyó por una reserva las controversias sobre delimitación marítima, y el Estado B no las excluyó. La Corte carece en la especie de competencia en cualquier litigio sobre delimitación marítima entre ambos Estados.

Para que la Corte pueda asumir jurisdicción en virtud de declaraciones de aceptación de la cláusula opcional en un caso determinado es necesario:

- que las partes en la controversia hayan formulado declaraciones y que ellas estén vigentes al tiempo de incoarse el caso ante la Corte, y
- que la controversia esté comprendida dentro del ámbito de ambas declaraciones. Si la controversia está excluida por reservas contenidas en cualquiera de las dos declaraciones, la Corte carece de competencia en la especie.

La Corte Internacional de Justicia ha tenido ocasión de precisar la naturaleza de las declaraciones formuladas en aplicación del artículo 36, párrafo 2, de su Estatuto. Así, en su sentencia recaída en el caso de

las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (competencia) la Corte expresó:

"Las declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte son compromisos facultativos, de carácter unilateral, que los Estados son libres de suscribir o no. El Estado goza, además, de la libertad tanto de formular una declaración incondicionada o ilimitada en cuanto a su duración como de efectuarla con condiciones o reservas. En particular, puede limitar su efecto a las controversias que surjan después de una fecha determinada, o especificar el período durante el cual su declaración estará en vigor, o el plazo de preaviso que deberá respetar para poner fin a la misma."¹

Un ejemplo de declaración hecha en aplicación de la Cláusula Opcional es la formulada a nombre del Gobierno de Suecia, por su Representante Permanente en Naciones Unidas, el 6 de abril de 1957:

"En nombre del Gobierno Real de Suecia, declaro aceptar como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo con el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de dicha Corte, por un período de cinco años a contar del 6 de abril de 1957. Esta obligación será renovada por períodos consecutivos de la misma duración a menos que se comunique su terminación por lo menos seis meses antes de la expiración de cualquiera de dichos períodos. Se acepta la mencionada obligación solamente respecto a controversias que puedan surgir en relación a situaciones o hechos posteriores al 6 de abril de 1947."

En el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá, de 1948) los Estados partes aceptaron una cláusula opcional casi

¹ Reports 1984, p. 418.

idéntica a la del artículo 36, la cual establece entre ellos la competencia obligatoria de la Corte Internacional de Justicia (artículo XXXI). Este es un título de competencia autónomo, independiente de las aceptaciones de la Cláusula Opcional del artículo 36 del Estatuto de la Corte.¹

Los tres medios examinados —compromiso, tratado o convención y declaración de aceptación de la llamada Cláusula Opcional— son las formas en que un Estado puede manifestar su consentimiento para aceptar la competencia de la Corte. Esta sólo puede conocer de las materias que están comprendidas en este consentimiento.

Antes de entrar a conocer del fondo de un litigio la Corte debe asegurarse de que todos los Estados partes han aceptado, por alguno de los medios indicados, su jurisdicción o competencia para decidirlo. Si la Corte no está convencida de que tiene jurisdicción en la especie debe declararse incompetente.

La Corte debe actuar dentro de los límites de su competencia. Ella no puede exceder la competencia que le ha sido atribuida por las partes, pero debe ejercerla plenamente.²

Jurisdicción prorrogada (forum prorogatum)

Puede ocurrir que la Corte carezca de competencia para decidir un caso determinado entre dos Estados. Sin embargo, si uno de estos Estados recurre unilateralmente a la Corte sometiéndole el caso y el otro Estado, en vez de oponer la excepción preliminar de falta de competencia, realiza actos que signifiquen aceptación tácita de la competencia en la especie, como alegar sobre el fondo de la causa, la Corte adquiere competencia para decidir el litigio en virtud del principio *forum prorogatum*.

¹ Véase la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a las acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas (competencia y admisibilidad). *Reports* 1988.

² *Reports* 1986, ps. 577 y 579.

La Corte es juez de su propia competencia

Dispone el artículo 36, párrafo 6, del Estatuto:

"En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá."

Esta disposición consagra una norma de derecho internacional general que ha sido enunciada por los tribunales arbitrales y por la propia Corte. Según dicha norma, a menos de convención en contrario, un tribunal internacional es juez de su propia competencia y tiene el poder de interpretar a este efecto los instrumentos que rigen dicha competencia.

PROCEDIMIENTO

Los asuntos deben ser incoados ante la Corte, es decir, sometidos a su conocimiento, según el caso, conjuntamente por ambas partes mediante notificación del compromiso, o unilateralmente por una parte mediante solicitud escrita dirigida al Secretario.

El procedimiento ante la Corte tiene dos fases: una escrita y otra oral.

El procedimiento escrito comprende la comunicación a la Corte y a las partes de memorias, contramemorias, réplicas y piezas o documentos en apoyo de las mismas.

El procedimiento oral comprende la intervención de agentes, abogados, consejeros, testigos y peritos. Las audiencias, por regla general, son públicas.

Todas las decisiones de la Corte se adoptan, tras un proceso de deliberación, por mayoría de votos de los magistrados presentes. En caso de empate, decide el voto del Presidente.

"Las funciones de un juez de la Corte Internacional de Justicia —ha escrito el Juez Bedjaoui— se resumen en cuatro verbos: leer, escuchar, deliberar y decidir."¹

¹ "La 'fabrication' des arrêts de la Cour International de Justice", en *Mélanges en honneur de Michel Virally*, p. 87.

Excepciones preliminares

La parte demandada puede presentar una excepción preliminar basada en la incompetencia de la Corte para conocer del diferendo que la parte demandante le ha sometido. El demandado puede alegar, por ejemplo, que el tratado en que su adversario funda la competencia del Tribunal llegó a su término, o que las declaraciones de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte invocadas contienen reservas que excluyen el litigio de su jurisdicción.

También la parte demandada puede basar la excepción preliminar en que la solicitud es inadmisible por un motivo de carácter más general. Puede aducir, por ejemplo, que no existe una controversia, que no se han efectuado las negociaciones diplomáticas previas que requiere un tratado, que la persona a la que se ha prestado amparo diplomático o judicial no tiene la nacionalidad del Estado demandante.

En algunas ocasiones el Estado demandado ha opuesto una excepción preliminar fundándose en que el diferendo que le ha sido sometido tiene aspectos políticos u obedece a inspiración política. La Corte ha desechado invariablemente esta excepción. Así, en el caso relativo a las *Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas*, entre Nicaragua y Honduras (competencia y admisibilidad), la Corte dijo:

"La Corte no ignora que todo diferendo jurídico llevado ante ella puede presentar aspectos políticos. Pero, en su calidad de órgano judicial, ella sólo debe tratar de determinar, por una parte, si el diferendo que le es sometido es de orden jurídico, es decir, si es susceptible de ser resuelto por aplicación de los principios y de las reglas de derecho internacional, y, por otra parte, si ella es competente para conocer del mismo, y si el ejercicio de esta competencia no está entrapada por circunstancias que hagan la demanda inadmisibile. El objeto del recurso a la Corte es la solución pacífica de los diferendos. La Corte se pronuncia en derecho y ella no debe preguntarse sobre los motivos de orden político que pueden llevar a un Estado, en un

momento dado o en circunstancias determinadas, a elegir la solución judicial."¹

Presentada una o varias excepciones preliminares de incompetencia o de inadmisibilidad se suspende el procedimiento sobre el fondo. La Corte, después de oír a las partes, pronuncia sentencia sobre las excepciones opuestas y puede acoger las excepciones preliminares o desecharlas. Si la Corte acoge una de las excepciones, el caso llega a su fin. Si las rechaza todas, se reanuda el procedimiento sobre el fondo.

Medidas provisionales

La Corte tiene facultad para indicar medidas provisionales con el fin de resguardar los derechos de las partes mientras pende la sentencia definitiva. Así, por ejemplo, la Corte puede disponer que las partes continúen respetando un cese de fuego, que retiren sus fuerzas militares a posiciones anteriores, etc. Estas medidas tienden a evitar que se cause un perjuicio irreparable a los derechos que están en litigio.²

Antes de decidir si indica medidas provisionales la Corte no tiene necesidad de asegurarse de manera definitiva que tiene competencia sobre el fondo del caso. Le basta que los títulos de competencia invocados por el Estado demandante parezcan constituir prima facie una base sobre la cual podría basar su competencia.

Intervención

El Estatuto de la Corte autoriza a un tercer Estado para intervenir en un litigio en dos casos, si considera que tiene un interés jurídico que puede ser afectado por la decisión del litigio o si se trata de la interpretación de una convención en que dicho tercer Estado es también parte. En este último caso, la interpretación contenida en el fallo será igualmente obligatoria para el Estado interviniente.

¹ Reports 1988, p. 91.

² Corte Internacional de Justicia en el *Caso Relativo al Paso por el Gran Belt* (Finlandia/Dinamarca). Medidas provisionales. Reports 1991, p. 16.

En litigios sobre delimitación marítima, por ejemplo, terceros Estados han tratado de intervenir por considerar que parte de la zona sujeta a delimitación por la Corte les pertenece.

LA CORRUPTELA DE LA NO COMPARECENCIA

Cuando un Estado somete a la Corte, por solicitud unilateral, una controversia con otro Estado, lo propio es que si el Estado demandado estima que la Corte carece de jurisdicción en la especie, comparezca ante ella y oponga la excepción preliminar de incompetencia. Será la propia Corte la que, de conformidad al artículo 36, párrafo 6 del Estatuto, decidirá si tiene o no competencia para decidir el caso que le ha sido sometido. (5 puntos)

Sin embargo, en los últimos años se ha desarrollado una práctica desafortunada: el Estado demandado que estima que la Corte no es competente, o que teme una sentencia adversa sobre el fondo del caso, no comparece ante el Tribunal, no designa agente ni juez ad hoc, no presenta escritos, no hace alegatos orales. Sin embargo, esta actitud de ostensible prescindencia no es completa: el país demandado hace llegar a la Corte, por medio de comunicaciones más o menos informales y fuera del procedimiento regular, sus objeciones a la competencia de la Corte y, a veces, sus puntos de vista y argumentos sobre el fondo del caso.

Con esta actitud, el Estado rebelde (*the unwilling respondent*) se coloca en una situación ambigua. En efecto, por una parte, presenta a la Corte, por vía informal, los argumentos que hubiera presentado si hubiera comparecido en juicio; y por otra parte, si la Corte se declara competente y da lugar a la demanda, dicho Estado tratará de sostener que no ha sido parte en el caso y que, por lo tanto, no reconoce legitimidad al procedimiento judicial ni a la sentencia. De esta manera, el Estado rebelde pretende, en el hecho, erigirse en juez único de la competencia de la Corte para conocer y decidir el caso, contraviniendo con ello el principio básico, consagrado en el artículo 36, párrafo 6, del Estatuto de la Corte, según el cual corresponde a ésta, y no a las partes, pronunciarse sobre su competencia.

Cuando el Estado demandado no comparece, la instancia continúa sin su participación: dicho Estado sigue siendo formalmente parte en el proceso y quedará obligado por la sentencia que eventualmente se dicte.

Sin embargo, la Corte no se pronunciará automáticamente en favor de la parte demandante. Conforme al artículo 53, párrafo 2, de su Estatuto: "Antes de dictar su decisión, la Corte deberá asegurarse no sólo de que tiene competencia, sino también de que la demanda está bien fundada en cuanto a los hechos y al derecho". Es por ello que, a pesar de la falta de comparecencia de la parte demandada, la Corte ha considerado cuidadosamente las objeciones a su competencia y las defensas de fondo hechas valer informalmente por la parte demandada.

También la Corte ha lamentado que la parte rebelde no se hubiera presentado a desarrollar sus argumentos sobre las cuestiones planteadas y que la Corte no se hubiera beneficiado de la exposición de estos argumentos y de las pruebas en apoyo de los mismos.

La corruptela de la no comparecencia menoscaba el prestigio y la dignidad de la función judicial y trae consigo consecuencias negativas para la buena administración de justicia.

DERECHO APLICABLE

El artículo 38 del Estatuto de la Corte establece:

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

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

Dec. ju
doctrinas
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.¹

Ex
casos
ex
bono
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren."

En la aplicación del derecho internacional la Corte no está limitada por los argumentos jurídicos invocados por las partes litigantes. La Corte aplica el derecho internacional a su leal saber y entender (jura novit curia).

Pp. El principio jura novit curia significa que para decidir el caso la Corte no debe apoyarse únicamente en las exposiciones de las partes respecto del derecho aplicable sino aplicar, por iniciativa propia, todas las reglas de derecho internacional que puedan ser relevantes para la decisión del diferendo. Por ello no puede imponerse a ninguna de las partes la obligación de probar las reglas de derecho internacional. Naturalmente, cada parte tratará de invocar y de probar las reglas que sirven de fundamento a su tesis.

LA SENTENCIA

La sentencia de la Corte, al igual que sus demás decisiones, se adopta por mayoría de votos de los magistrados presentes. Ella debe ser motivada. La motivación de una sentencia representa el mayor denominador común de los puntos de vista de los jueces (Bedjaoui).

Cualquiera de los magistrados tiene derecho a que se agregue a la sentencia su opinión individual o su opinión disidente. Algunos jueces han hecho uso excesivamente liberal de esta facultad y sus opiniones –desmesuradamente largas– se asemejan más a una tesis universitaria que a un parecer judicial.

¹ El artículo 59 dispone: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido."

Rec
La sentencia es obligatoria, definitiva e inapelable. La fuerza obligatoria de la sentencia se limita a las partes en litigio y al caso que ha sido decidido. Respecto de ella proceden la interpretación y, en caso excepcional, la revisión.

a) Interpretación. En caso de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la sentencia cualquiera de las partes puede solicitar su interpretación a la Corte.

No por un hecho desconocido.
b) Revisión. Sólo podrá pedirse la revisión de un fallo cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho decisivo que, al pronunciarse la sentencia, era desconocido de la Corte y de la parte que pide la revisión siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia. La solicitud de revisión debe formularse dentro de seis meses después de descubierto el hecho nuevo. No procede la revisión después de diez años desde la fecha de la sentencia.

CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE

Los miembros de las Naciones Unidas se han comprometido a cumplir el fallo de la Corte en todo litigio en que sean partes. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le impone un fallo de la Corte, la otra parte puede recurrir al Consejo de Seguridad el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

Las sentencias de la Corte se han cumplido regularmente; han sido muy pocas las excepciones. Sin embargo, el Consejo de Seguridad no ha adoptado medidas en contra del Estado que no cumplió la sentencia.

OPINIONES CONSULTIVAS

Según el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas, la Corte puede emitir opiniones consultivas (advisory opinions) respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Los demás órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados pueden ser también autoriza-

dos por la Asamblea General para solicitar a la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades. Todos los órganos principales de Naciones Unidas, excepto el Secretario General y varios organismos especializados, han obtenido esta autorización. La Corte no está facultada para emitir una opinión consultiva a solicitud de uno o más Estados.

La opinión consultiva, a diferencia de una sentencia de la Corte, no decide, con fuerza obligatoria, un caso contencioso entre partes. Sólo da respuesta a una pregunta de carácter jurídico. Y esta respuesta no es obligatoria. Sin embargo, la autoridad que conlleva la opinión determina que los órganos que la solicitan se muestren poco dispuestos a apartarse de ella.

En el ejercicio de su función consultiva la Corte debe permanecer fiel a las exigencias de su función judicial. Aunque la Corte ha declarado que, en principio, no debe rehusarse a emitir una opinión consultiva, podría hacerlo en caso de que existan "razones decisivas" para ello como, por ejemplo, si las cuestiones sometidas no son de carácter jurídico.

En algunas convenciones internacionales, las partes se han comprometido a aceptar como obligatoria una opinión consultiva. Un importante ejemplo es la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 1946, según la cual en caso de diferendo entre la Organización de las Naciones Unidas y un Estado miembro sobre la interpretación o la aplicación de la Convención, se solicitará a la Corte una opinión consultiva. Las partes se comprometen a conformarse a la opinión emitida. Se ha recurrido a este medio porque las organizaciones internacionales, incluyendo las Naciones Unidas, no tienen locus standi o derecho a ser parte en casos contenciosos ante la Corte.

LA CONTRIBUCIÓN DE LA CORTE AL DERECHO INTERNACIONAL

Las decisiones de la Corte actual y las de su antecesora, la Corte Permanente, además de resolver diferendos entre Estados, han contribuido notablemente al desarrollo del derecho internacional y a aclarar sus normas.

Sus pronunciamientos han versado sobre diversos temas de derecho internacional, tales como interpretación de tratados, responsabilidad internacional, amparo diplomático, estrechos internacionales, líneas de base para medir el mar territorial, nacionalidad, delimitación de plataformas continentales, derechos preferenciales de pesca y uso de la fuerza. La práctica de la Corte de referirse a sus decisiones anteriores ha permitido la elaboración de una "jurisprudencia constante" respecto de ciertas materias.

Los autorizados pronunciamientos de la Corte son invocados por cancillerías, abogados, juristas y tribunales para probar el alcance o la existencia de normas jurídicas internacionales. Más aún, algunos de estos pronunciamientos han sido adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en sus trabajos de codificación y han inspirado disposiciones contenidas en convenciones internacionales.¹

¹ La obra más importante sobre la Corte Internacional de Justicia es la de Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 4 vols., 3ª edición (Martinus Nijhoff, La Haya 1997). Un libro muy ilustrativo del mismo autor es *The World Court. What it is and how it Works*, 5ª edición revisada (1995).

EL USO DE LA FUERZA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

SITUACIÓN ANTERIOR A LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL

En el largo período que se extiende desde los orígenes del Cristianismo hasta el siglo XVI prevalece la distinción entre guerras justas (permitidas) y guerras injustas (prohibidas). San Agustín (354-430) sostiene que una guerra es lícita cuando es justa y que es justa la guerra defensiva, la que venga la violación de un derecho y la que persigue la reparación de un daño. El pensamiento de San Agustín, dominante en la Edad Media, constituyó la base de la doctrina canónica y escolástica posterior. Por otra parte, la influencia de la Iglesia en la Europa medieval determina que la concepción de la guerra justa sea recogida por el derecho de la época. Los primeros escritores de derecho internacional, como Vitoria y Grocio, siguen la tradición escolástica: distinguen entre guerras justas (permitidas) y guerras injustas (prohibidas) y tratan de determinar el criterio de distinción entre unas y otras.

El concepto de guerra justa comienza a declinar en el siglo XVI, época en que se transforma el orden político de Europa y nacen los Estados soberanos. Los reyes y príncipes absolutos, celosos de su soberanía, se arrojan el derecho de decidir libremente cuándo pueden recurrir a las armas para imponer sus derechos y sus pretensiones. La doctrina, ante las dificultades que existen para determinar cuándo una guerra es justa, termina capitulando ante la práctica: ella reconoce que

"la guerra en forma, en cuanto a sus efectos, debe ser considerada como justa de una parte y de otra." ¹

El "derecho a la guerra" (*jus belli*) pasa a ser conceptualizado como atributo natural, necesario y esencial de la soberanía.

De esta manera, desde el siglo XVI hasta la Primera Guerra Mundial el derecho internacional no limita la libertad de los Estados para recurrir a la guerra. En este período, la guerra, cualquiera que sea su origen, es considerada como un hecho: las partes están en situación de igualdad; los terceros Estados pueden permanecer ajenos a la lucha; y el derecho internacional sólo establece algunas normas para humanizar las hostilidades. No deja de ser curioso que en esa época el derecho internacional haya impuesto condiciones al uso limitado de la fuerza, como las represalias, pero que no las haya impuesto al uso ilimitado de la fuerza: la guerra.

A comienzos del siglo XX la libertad de los Estados para recurrir a la fuerza armada comienza a ser limitada por el derecho internacional.

CONVENCIÓN DRAGO-PORTER

Con motivo del bloqueo de las costas de Venezuela, realizado en 1902 por Alemania, Gran Bretaña e Italia, el Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, Dr. José María Drago, sostuvo el principio de que el incumplimiento por un Estado de su deuda pública no justifica el empleo de la fuerza armada en su contra. En la Segunda Conferencia de Paz de La Haya (1907) se suscribió la llamada Convención Drago-Porter, la cual, en parte, recoge esta doctrina. En la mencionada Convención, las partes contratantes se obligan a no recurrir a la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales debidas por el gobierno de un país a los nacionales de otro, excepto si el gobierno deudor rechaza el arbitraje o no cumple la sentencia arbitral dictada.

¹ La frase es de Vattel, influyente autor del siglo XVIII. Vattel admite que la guerra injusta está prohibida por el derecho de gentes *natural*, pero considera que éste sólo obliga en conciencia.

El Pacto de la Sociedad de las Naciones (1919) estableció entre los Estados Miembros de la Sociedad de las Naciones la obligación de solucionar sus diferendos por medios pacíficos y de no recurrir a la guerra sino después de haber agotado tales medios.

El Pacto prohibió el recurso a la guerra en varios casos estrictamente definidos, como, por ejemplo, en contra de un Estado que se conformara a una decisión arbitral o judicial o a una decisión unánime del Consejo de la Sociedad recaída en el diferendo respectivo. De esta manera, el Pacto no prohibió todas las guerras, sino estableció criterios formales para distinguir entre guerras legales (que no contravenían el Pacto) y guerras ilegales (que contravenían el Pacto).

También el Pacto de la Sociedad de las Naciones contempló un sistema de sanciones en contra de los Estados que recurrieran a la guerra en contravención a las obligaciones asumidas en él; pero cada uno de los Estados miembros de la Sociedad decidía por sí mismo, en un caso determinado, si otro Estado miembro había recurrido a la guerra en contravención del Pacto y si, por lo tanto, tenía obligación de participar en la imposición de sanciones al Estado infractor.

PACTO BRIAND-KELLOG

Para llenar las lagunas que presentaba el Pacto de la Sociedad de las Naciones, varios Estados suscribieron en 1928 el Tratado de Renuncia a la Guerra, llamado también Pacto Briand-Kellog. Los Estados partes en este instrumento condenan el recurso a la guerra para la solución de sus controversias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas; sus controversias sólo podrían solucionarse por medios pacíficos.

Las prohibiciones de recurrir a la guerra contenidas en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y en el Pacto Briand-Kellog no surtieron efecto. En 1932 Japón ataca a China y se anexa Manchuria; en 1936 Italia invade Etiopía y la anexa a su territorio; desde su llegada al poder, el régimen nazi de Alemania inicia sus agresiones; la Sociedad de las

Naciones se muestra incapaz de conjurarlas. La agresión de Alemania a Polonia provoca la Segunda Guerra Mundial (1939).

Al término de esta guerra las principales Potencias Aliadas, en la Carta anexa al Acuerdo de Londres para el Juzgamiento y Castigo de los Principales Criminales de Guerra de los Países Europeos del Eje (1945), incluyeron la "guerra de agresión" entre los "crímenes contra la paz" y estipularon que sus autores eran personalmente responsables de este crimen. El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tokio) declararon que la guerra de agresión es un crimen internacional y procedieron a juzgar y a condenar a varios dirigentes militares y civiles de los países del Eje. Como ya se explicó, los "principios de Nuremberg" fueron aprobados más tarde por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Ellos forman parte del derecho internacional general.

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS

El artículo 2, párrafo 4, de la Carta de las Naciones Unidas contiene una prohibición amplia del uso de la fuerza:

"Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas."

Esta disposición prohíbe la amenaza y el uso de la fuerza por un Estado en contra de otro no en el interior de un Estado. Ella prohíbe no sólo la guerra sino, en general, toda amenaza o uso de la *fuerza armada*, tales como violar una frontera internacional, realizar conquistas o cambios territoriales o imponer la solución de una controversia, etc.

En 1974 la Asamblea General de las Naciones Unidas, considerando que la agresión "constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza", aprobó una resolución sobre "Definición de la

Agresión". Dicha resolución expresa: "El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba *prima facie* de un acto de agresión". La resolución enumera diversos actos que caracteriza como actos de agresión, tales como la invasión por fuerzas armadas del territorio de otro Estado, el bombardeo de otro Estado y el bloqueo de sus puertos o costas.

La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales es actualmente parte del derecho internacional consuetudinario y se aplica, por lo tanto, a todos los Estados, sean o no miembros de las Naciones Unidas.

La Carta de las Naciones Unidas sólo contempla dos excepciones expresas a esta regla general:

- a) la legítima defensa en caso de ataque armado (artículo 51) y
- b) las medidas coercitivas ordenadas o autorizadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Capítulo VII).

LA LEGÍTIMA DEFENSA

El derecho internacional consuetudinario reconoce a todo Estado el derecho de legítima defensa para rechazar por la fuerza *un ataque armado* en contra de su territorio, sus fuerzas armadas, sus buques y sus aeronaves.

La legítima defensa tiende a resistir un ataque armado. Ella no puede tener por objeto sancionar o castigar una agresión ya realizada. Sin embargo, los contornos imprecisos de la legítima defensa en el derecho consuetudinario hacen muy tenue, en la práctica, la distinción entre legítima defensa y otras formas de autotutela (*self-help*), principalmente las represalias.

Los principios relativos a la legítima defensa fueron enunciados por el Secretario de Estado norteamericano Daniel Webster con ocasión del incidente del vapor *The Caroline* entre Estados Unidos y Gran Bretaña. Según Webster, para que proceda la legítima defensa debe demostrarse "una necesidad de defensa propia, urgente, irresistible (*instant. overwhelming*), que no permita elección de me-

dios ni dé tiempo para deliberar", y las medidas adoptadas no deben contener "nada irrazonable o excesivo, ya que el acto justificado por la legítima defensa (*self-defense*) debe estar limitado por esta necesidad y mantenerse claramente dentro de ella." Esta enunciación ha sido generalmente aceptada como expresión del derecho consuetudinario.

La legítima defensa sólo justifica las medidas que son *proporcionadas* a la agresión y necesarias para responder a ella.

La Carta de las Naciones Unidas consagró el derecho de legítima defensa en su artículo 51:

"Ninguna disposición de esta 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 que 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 presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."

Esta disposición refleja, en lo esencial, el derecho internacional consuetudinario relativo a la legítima defensa. Advertimos que la Carta califica la legítima defensa de derecho "inmanente" o "natural" (en su texto francés); su existencia no deriva, pues, de su consagración positiva.

La aplicación de la legítima defensa supone un ataque armado o una agresión armada. No sólo constituye ataque armado la acción de fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional sino también el envío por un Estado de bandas armadas al territorio de otro Estado, siempre que esta operación sea tal, por sus dimensiones y efectos, que ella habría sido calificada de ataque armado y no de simple

incidente fronterizo si hubiera sido realizada por fuerzas armadas regulares.¹

Un problema que suscita la legítima defensa es el de si sólo procede en caso de un ataque armado que esté ocurriendo o también para responder a la amenaza de un ataque armado inminente.

Según algunos autores, el texto del artículo 51 es claro: sólo es permisible recurrir a la fuerza en legítima defensa cuando ha ocurrido un ataque armado. Otros juristas, en cambio, estiman que también se puede emplear la fuerza en caso de un ataque armado *inminente*. Según ellos, el artículo 51 de la Carta dejó intacto el derecho consuetudinario preexistente de legítima defensa, tal como fue enunciado en el caso *The Caroline*, el cual permitía el empleo de la fuerza para conjurar un ataque armado inminente.

La primera interpretación, que obliga a los Estados a esperar que el agresor dispare el primer tiro, puede dejarlos legalmente indefensos frente a un ataque inminente. La interpretación amplia reduce significativamente la prohibición general del uso de la fuerza, porque dadas las incertidumbres sobre la legítima defensa en el derecho consuetudinario y las tenues distinciones que existen en la práctica entre este derecho y las represalias armadas y otras formas de autotutela, un Estado podría tratar de presentar como medidas de legítima defensa (permitidas) actos de fuerza que tienen carácter de represalias armadas o de otras formas de autotutela armada (prohibidos).

Tanto la Carta de las Naciones Unidas como el derecho internacional general permiten también la legítima defensa colectiva; un Estado que ha sido víctima de un ataque armado puede recibir ayuda de otro Estado para defenderse.

La legítima defensa colectiva requiere que el Estado que se va a beneficiar con ella se declare víctima de un ataque armado y solicite ayuda para repelerlo. Algunos tratados de defensa mutua, como el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y el Tratado del Atlántico Norte, en virtud de los cuales los Estados partes se obligan

¹ Ver la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (fondo). *Reports* 1986, ps. 103-104.

a prestarse ayuda en caso de agresión, están basados jurídicamente en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

El artículo 51 de la Carta prescribe que los Estados que adopten medidas en el ejercicio de legítima defensa individual o colectiva deben comunicarlas "inmediatamente" al Consejo de Seguridad. La legítima defensa se podrá mantener hasta tanto que el Consejo haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales.

MEDIDAS COERCITIVAS DE CARÁCTER
ARMADO DECIDIDAS O AUTORIZADAS
POR EL CONSEJO DE SEGURIDAD

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas puede decidir medidas militares, dentro del marco del Capítulo VII de la Carta, en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión.

Además, el Consejo puede autorizar la aplicación de medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales (artículo 53 de la Carta). Desarrollaremos este punto al tratar las Naciones Unidas en el Capítulo XXIII B.

PROTECCIÓN DE LA VIDA DE LOS NACIONALES
E INTERVENCIÓN HUMANITARIA

Un Estado puede proteger, aun por medio de la fuerza armada, la vida y la integridad de sus nacionales que se encuentran amenazadas en país extranjero por la acción ilícita de las autoridades locales, por la anarquía reinante en el territorio, o por la violencia de turbas que las autoridades locales no pueden controlar. En estos casos, la intervención respectiva debe limitarse al salvamento y a la evacuación de las personas en peligro. En (1976) comandos israelíes desembarcaron en el aeropuerto de Entebbe (Uganda), y liberaron a rehenes israelíes de un avión AIR FRANCE que había sido secuestrado por terroristas durante el vuelo y llevado a esa ciudad. Los rehenes permanecían cautivos en

el aeropuerto de Entebbe con la complicidad del dictador local Idi Amin. La acción israelí fue perfectamente lícita.

Un sector de opinión, apoyado en ciertos precedentes, estima también permisible la llamada intervención humanitaria en caso de que en un Estado se cometan crueldades contra sus propios súbditos que horroricen la conciencia de la humanidad. Tal intervención sería más justificable si tuviera carácter colectivo o si fuera realizada o autorizada por las Naciones Unidas.

¿QUÉ QUEDA DE LA AUTOTUTELA (SELF-HELP)
EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL?

La prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza en las relaciones internacionales, estipulada en la Carta de las Naciones Unidas y que forma parte del derecho internacional común, ha limitado considerablemente el ámbito tradicional de las medidas de autotutela empleadas por los Estados para asegurar el respeto de sus derechos y sancionar su infracción.

Actualmente están jurídicamente prohibidas todas las medidas de autotutela que impliquen la amenaza o el uso de la fuerza armada, como la guerra, el bloqueo, las represalias armadas y las intervenciones armadas (salvo que éstas tengan por objeto preciso proteger las vidas de nacionales en país extranjero). Siguen, en cambio, permitidas aquellas medidas que no impliquen la amenaza o el uso de la fuerza armada, como la ruptura de relaciones diplomáticas, las represalias no armadas, las sanciones económicas, etc.

Sin embargo, la prohibición de adoptar medidas de autotutela que impliquen la amenaza o el uso de la fuerza armada para sancionar un hecho ilícito o para obtener la reparación correspondiente no impide que un Estado rechace por la fuerza o tome medidas para rechazar por la fuerza las interferencias ilícitas en el ejercicio actual de un derecho reconocido por el derecho internacional. Algunos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Estrecho de Corfú* son de interés a este respecto.

En mayo de 1946, baterías costeras de Albania dispararon, sin aviso previo, contra dos cruceros británicos que atravesaban las aguas territoriales albanesas del Estrecho de Corfú. En el diferendo que siguió, Albania sostuvo que los buques de guerra extranjeros no tenían derecho de paso inocente por el Estrecho sin su autorización, mientras que Gran Bretaña afirmó su derecho de paso inocente y advirtió que en caso de que se volviera a disparar contra sus buques que navegaran por el Estrecho de Corfú se respondería al fuego.

En octubre del mismo año, el Gobierno británico envió dos cruceros y dos destructores al Estrecho para probar la reacción albanesa y afirmar su derecho de paso inocente. Mientras los buques ingleses cruzaban el Estrecho con sus dotaciones en puestos de combate, los dos destructores chocaron con minas colocadas en sus aguas. Las explosiones consiguientes causaron pérdidas de vidas en las tripulaciones inglesas y cuantiosos daños materiales.

El Gobierno británico sospechó que las minas habían sido colocadas por Albania o en connivencia con ese país y, con el objeto de procurarse pruebas del delito, envió al lugar de los hechos una fuerza de barreminas, protegida por buques de guerra que se situaron fuera de las aguas territoriales albanesas; los barreminas recogieron veintidós minas.

El Gobierno británico acudió luego al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el cual recomendó a las dos partes que sometieran el diferendo a la Corte Internacional de Justicia, lo que ambos países hicieron.

En su sentencia de 9 de abril de 1949, la Corte reconoció que los buques de guerra gozan del derecho de paso inocente en los estrechos internacionales, que el Estrecho de Corfú es uno de ellos, y que Albania era responsable de las pérdidas de vidas y de los daños causados por las explosiones, porque ese país debía haber tenido conocimiento de la colocación de las minas en sus aguas territoriales.

Respecto del paso de los buques británicos por el Estrecho en el mes de octubre, la Corte expresó:

"La legalidad de esta medida tomada por el Reino Unido no puede ser discutida, siempre que haya sido realizada en conformidad al derecho internacional: la misión estaba destinada a afirmar un derecho que había sido denegado injustamente [el de paso inocente]. El Gobierno del Reino Unido no estaba obligado a abstenerse de un derecho de paso que el Gobierno de Albania había denegado ilegalmente."¹

También la Corte declaró que los preparativos de defensa realizados por los ingleses para asegurar el paso de sus buques por el Estrecho no podían ser considerados irrazonables en vista de los disparos hechos anteriormente por las baterías albanesas.

Pero otra fue la opinión de la Corte con respecto al barrido de minas hecho por los ingleses posteriormente para procurarse el "cuerpo del delito" (la llamada *Operation Retail*). Durante el desarrollo del caso, el Agente británico ante la Corte había tratado de justificar esta operación como una intervención legítima destinada no a ejercer presión contra otro gobierno, sino a posesionarse de medios de prueba para someterlos a la justicia internacional y facilitar su tarea. La Corte rechazó este argumento:

"La Corte no puede admitir tal sistema de defensa. El pretendido derecho de intervención no puede ser considerado por ella sino como la manifestación de una política de fuerza, política que, en el pasado, ha dado lugar a los más graves abusos y que no puede encontrar lugar en el derecho internacional, cualesquiera que sean las deficiencias actuales de la organización internacional. La intervención es quizás menos aceptable en la forma particular que aquí revestiría porque, reservada por la naturaleza de las cosas a los Estados más poderosos, podría conducir fácilmente a falsear la administración misma de la justicia internacional."²

¹ *Reports* 1949, p. 30.

² *Ibid.* 1949, ps. 34-35.

Tampoco aceptó la Corte la tesis inglesa de que la *Operation Retail* había sido un ejercicio legítimo del derecho de autotutela o *self-help*, el cual, a falta de órganos colectivos, autorizaría a un Estado a tomar por sí mismo las medidas necesarias para proteger sus derechos ante una jurisdicción internacional.

"Entre Estados independientes—expresó la Corte—el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales."¹

Reconoció la Corte, sin embargo, que la negligencia absoluta del Gobierno albanés después de las explosiones y el carácter dilatorio de sus notas diplomáticas constituían circunstancias atenuantes para el Reino Unido.

La Corte estableció, pues, una diferencia entre el actual ejercicio de un derecho y las medidas defensivas adoptadas para asegurarlo, que declaró legítimos, y las medidas posteriores de autotutela, o *self-help*, destinadas a procurarse un elemento de prueba de un hecho ilícito, que declaró ilegales.

En ningún sector del derecho internacional se advierte de manera tan manifiesta la divergencia entre la realidad política y las normas jurídicas como en el control del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. En efecto, aunque los Estados han renunciado a la amenaza y al uso de la fuerza, algunos gobiernos siguen recurriendo directa o indirectamente a la fuerza para lograr objetivos nacionales que consideran importantes: conjurar un peligro inminente para su existencia o seguridad, restablecer en su favor un equilibrio político que juzgan amagado, reivindicar un derecho o proteger ciertos intereses vitales, cambiar un *status quo* territorial que consideran ilegal o injusto, poner fin a una situación colonial o de *apartheid*. En estas ocasiones, los Estados prefieren cosechar las ventajas inmediatas que

¹ *Ibid.*, 1949, p. 35.

buscan con su intervención armada que lograr la estabilidad general que el derecho garantiza.¹

Por otra parte, no siempre se emplea deliberadamente la fuerza para obtener un objetivo nacional. A veces un Estado adopta una medida o serie de medidas que otro juzga inamistosas; se producen reacciones y contrarreacciones; la escalada conduce a una espiral de violencia y a la guerra.

Producida una situación de violencia internacional, el Estado que ha recurrido a la fuerza trata, muchas veces, de manipular los hechos, alega que utiliza la fuerza en legítima defensa o en otra forma autorizada por el derecho internacional, o sostiene que la obtención de sus objetivos a expensas del derecho está justificada por consideraciones de justicia o de alta política. En última instancia, invoca el juicio supremo de la Historia.

Los diversos conflictos armados que se han sucedido desde la Segunda Guerra Mundial han llevado a la profesora Krystina Marek a concluir que la regla que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, a pesar de todas las declaraciones en contrario, ...no existe. Se trataría de una pretendida regla sin eficacia que aspira a regir un campo que escapa al dominio normativo. No se puede decretar la interdicción de la guerra, afirma esta distinguida autora, como no se puede decretar la interdicción de las epidemias.²

Es difícil para el jurista compartir una conclusión tan radical. Los Estados siguen reafirmando e invocando la regla que prohíbe el uso de la fuerza y, más aún, le atribuyen el carácter de *jus cogens*. Los tribunales internacionales la aplican cuando tienen ocasión; los tratadistas la consagran en sus escritos; los Estados que recurren a la fuerza no niegan la existencia de la regla misma sino invocan excepciones o justificaciones contenidas en dicha regla, tales como

¹ S. Hoffman, "International Law and the Control of Force", en *The Relevance of International Law* (1971).

² Krystina Marek, "Sur la notion de progrès en droit international", en *Annuaire Suisse de Droit international*, 1982, (XXVIII), ps. 36-39.

la legítima defensa; las violaciones a ella son tratadas generalmente como tales y no como precedentes de un principio contrario.¹

Sin embargo, forzoso es reconocer que las reglas relativas al uso de la fuerza, aunque están formalmente vigentes, son de contornos imprecisos y de difícil aplicación, que rigen una materia muy refractaria a la reglamentación jurídica, que con uno u otro pretexto son frecuentemente infringidas en la práctica, y que en presencia de estas infracciones la reacción de los demás Estados está motivada generalmente por consideraciones de carácter político y no por el respeto estricto a los principios de derecho.

¹ Véase la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*. *Reports* 1986, p. 98.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

El derecho internacional humanitario es un conjunto de principios y reglas destinados a ser aplicados en los conflictos armados con el fin de humanizar las hostilidades y proteger a las víctimas de la guerra.

Esta rama del derecho internacional público se inspira en sentimientos de humanidad y tiende a atenuar los rigores de los conflictos armados. Sus reglas constituyen un compromiso entre las necesidades militares y las exigencias humanitarias.

Las normas del derecho humanitario se aplican a todos los conflictos armados, aun a aquellos que han sido iniciados en contravención al derecho internacional, como, por ejemplo, una guerra de agresión.

La protección del hombre contra los males de la guerra no es una idea nueva. En la Antigüedad varios pensadores condenaron los métodos bárbaros de hacer la guerra. En la Edad Media, el Cristianismo, el Islam y los preceptos de la caballería contribuyen al desarrollo del derecho humanitario. Hacia fines del siglo XVI aparece el arma de fuego, que hace más mortíferas las hostilidades. Desde esa época se desarrolla la práctica de celebrar acuerdos entre jefes de ejércitos enemigos ("carteles y capitulaciones") para convenir la situación de prisioneros y heridos. En 1625 publica Hugo Grocio su *De jure belli ac pacis*, en que enumera las *temperamenta belli*, las restricciones que deben conllevar los métodos de guerra. Su obra, como lo indica su título, enfoca más el derecho de la guerra que el de la paz.

Los esfuerzos *colectivos* para humanizar la guerra datan de la segunda mitad del siglo XIX.

En 1862 el suizo Henry Dunant, quien había presenciado la cruenta batalla de Solferino, publica un pequeño libro, *Un souvenir de Solferino*, en que expresa un doble deseo: que en cada país se constituya una sociedad de ayuda voluntaria que, en tiempo de paz, se prepare para ayudar al servicio médico del ejército en tiempo de guerra; y que los Estados aseguren la protección jurídica de los hospitales militares y del personal sanitario. Este libro tuvo gran influencia.

Bajo los auspicios de un comité ginebrino de que Dunant formaba parte (y que en 1880 se transformaría en el Comité Internacional de la Cruz Roja) se convoca en Ginebra a una conferencia diplomática. Ella adopta en 1864 la Convención para Aliviar la Suerte de los Militares Heridos en los Ejércitos en Campaña. Este instrumento es el punto de partida del moderno derecho internacional humanitario.

Con posterioridad a la Convención de Ginebra de 1864 se adoptan diversas convenciones internacionales que enuncian o codifican reglas tendientes a humanizar las hostilidades.

* Los principios y las reglas de derecho internacional humanitario han sido creados por tratados o emanan de la costumbre internacional. Algunas reglas consuetudinarias se han formado sobre la base de reglas convencionales previas. En todo caso, buen número de reglas de derecho humanitario son tan importantes para el respeto de la persona humana y obedecen a consideraciones tan fundamentales de humanidad, que son obligatorias para todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que las expresan. Ellas constituyen principios intransgresibles de derecho internacional.¹

El derecho internacional humanitario tiene dos vertientes: una orientada a limitar o prohibir las armas que los beligerantes pueden emplear, y otra destinada a proteger a las personas y los bienes afectados por las hostilidades.

• LIMITAR ARMAS
• PROTECCIÓN A LAS PERSONAS Y BIENES.

¹ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre *La Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares*. Reports 1996, párrafo 79.

A. PROHIBICION Y LIMITACION DEL EMPLEO DE CIERTAS ARMAS

En un pronunciamiento reciente la Corte Internacional de Justicia ha señalado:

"Desde las primeras etapas, el derecho internacional humanitario prohibió ciertas armas, sea porque afectaban de manera indiscriminada a los combatientes y a las poblaciones civiles, sea porque causaban a los combatientes sufrimientos innecesarios, es decir, sufrimientos superiores a los males inevitables que supone la realización de fines militares legítimos."¹

A mediados del siglo XIX se inicia un movimiento tendiente a prohibir el empleo en la guerra de ciertos tipos de armas.

La Declaración de San Petersburgo de 1868 se recuerda hoy por los principios contenidos en su Preámbulo; según el cual el único objetivo legítimo de la guerra es debilitar las fuerzas militares del enemigo, para lo cual es suficiente poner fuera de combate al mayor número posible de hombres. Este objetivo —agrega— "sería sobrepasado por el empleo de armas que agraven inútilmente los sufrimientos de los hombres o hagan su muerte inevitable."

El Règlement anexo a la Convención de La Haya de 1907 sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre sentó el principio de que "los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios de perjudicar al enemigo." Además, prohibió "emplear armas, proyectiles o materias susceptibles de causar males innecesarios." El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg declaró en 1945 que las reglas humanitarias contenidas en el Règlement "eran reconocidas por todas las naciones civilizadas y eran consideradas como declaratorias de las leyes y costumbres de la guerra."

¹ Ibid, párrafo 78.

En 1925 se firmó el Protocolo de Ginebra, que prohibió el uso en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.

Una convención adoptada en 1972 prohibió el desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas; y otra, celebrada en 1973, estableció disposiciones análogas respecto de las armas químicas.

En 1976 una convención prohibió utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares, es decir, la llamada "guerra ecológica".

Una conferencia diplomática convocada por las Naciones Unidas aprobó en 1980 una convención y tres protocolos que prohíben o limitan el empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, tales como las armas cuyos fragmentos no puedan ser localizados por rayos X, las armas incendiarias (incluso el napalm), las minas explosivas y las armas-trampa contra la población civil. Un nuevo Protocolo, adoptado en 1995 versa sobre las armas láser que causan ceguera.

Minas antipersonal Estas minas, empleadas tradicionalmente por los ejércitos, se han convertido en armas predilectas en operaciones guerrilleras y en guerras civiles por ser poco onerosas, fáciles de colocar y muy eficaces para matar y mutilar. Es difícil ubicar y desactivar estas minas.

Las minas antipersonal son activadas por las víctimas mismas. Ellas no hacen distinción entre soldados y población civil. Cada hora tres personas mueren o son mutiladas de por vida por esta clase de minas.

Después de esfuerzos comenzados oficialmente en una conferencia diplomática que se celebró en Ottawa en 1996, otra conferencia diplomática celebrada en Oslo aprobó el 18 de septiembre de 1997 la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (tratado de Ottawa), que ya está en vigor.

Los Estados Partes en la Convención se comprometen a no emplear, desarrollar, producir y adquirir minas antipersonal y a destruir las existencias de tales armas. También se comprometen a destruir aquellas que están colocadas en zonas minadas, a más tardar en el plazo

de diez años a partir de la entrada en vigor de la Convención a su respecto.

Armas nucleares. Se ha discutido mucho la licitud de las armas nucleares. La Corte Internacional de Justicia, en una opinión consultiva reciente, declaró que:

- "la amenaza o el empleo de las armas nucleares sería generalmente contrario a las reglas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, especialmente a los principios y reglas de derecho humanitario."
- "en vista del estado actual del derecho internacional y de los elementos de hecho a su disposición, [la Corte] no puede concluir de manera definitiva si la amenaza o el empleo de armas nucleares sería lícito o ilícito en circunstancias extremas de legítima defensa en que estuviere comprometida la sobrevivencia misma del Estado." ¹

Varios jueces disidentes estimaron que el uso del arma atómica está absolutamente prohibido por el derecho internacional.

B. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO PROPIAMENTE DICHO

El derecho internacional humanitario propiamente dicho tiende a proteger a los miembros de las fuerzas armadas que son víctimas de la guerra como asimismo a la población civil y a los bienes de carácter civil que pueden ser afectados por las hostilidades. La Corte Internacional de Justicia ha resumido sus principios esenciales:

"Los principios cardinales contenidos en los textos que constituyen la urdimbre del derecho humanitario son los siguientes.

¹ *Ibid.* párrafo 105.

El primer principio está destinado a proteger a la población civil y los bienes de carácter civil, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados jamás deben tomar por objetivo a civiles ni, en consecuencia, utilizar armas que sean incapaces de distinguir entre objetivos civiles y objetivos militares. Según el segundo principio, no hay que causar sufrimientos innecesarios a los combatientes: está, pues, prohibido utilizar armas que les causen tales daños o agraven inútilmente sus sufrimientos; en aplicación de este segundo principio, los Estados no tienen una elección ilimitada respecto de las armas que emplean.¹

El moderno derecho humanitario está contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, complementados por los dos Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977. Aunque estos convenios han sido adoptados en conferencias diplomáticas, su iniciativa y trabajos preparatorios se deben al Comité Internacional de la Cruz Roja, cuyo ideal humanitario reflejan.²

Los Convenios de 1949 son los siguientes:

- Convenio I para Aliviar la Suerte de los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña.
- Convenio II para Aliviar la Suerte de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar.
- Convenio III sobre el Trato a los Prisioneros de Guerra.
- Convenio IV sobre la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 dan expresión concreta a principios generales de derecho humanitario que son obligatorios como tales incluso para los Estados que no son partes en dichos Convenios.³ Es por eso que una cláusula común a dichos Convenios

¹ *Ibid.*, párrafo 78.

² Caso de las *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (fondo). *Reports* 1986, p. 113.

dispone que la denuncia por un Estado del Convenio "no tendrá efecto alguno sobre las obligaciones que las Partes contendientes han de cumplir en virtud de los principios de derecho de gentes, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias a la conciencia pública."

Los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra son dos:

- Protocolo Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) y
- Protocolo Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II).

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales forman un impresionante "código" de derecho internacional humanitario. Son partes actualmente en los Convenios 188 Estados; en el Protocolo I 146 Estados; y en el Protocolo II 138 Estados (información al 17 de marzo de 1997).

A continuación abordaremos los principales aspectos del derecho humanitario propiamente tal.¹

PROTECCIÓN DE LOS HERIDOS Y ENFERMOS DE LOS EJÉRCITOS

Esta materia está actualmente regida por el Convenio I de 1949 para Aliviar la Suerte de los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña y por el Protocolo Adicional I de 1977.

El Convenio I asegura el respeto y la protección de los miembros de las fuerzas armadas que se hallen heridos o enfermos como asimilado de las unidades, del personal y de los transportes sanitarios.

Como homenaje a Suiza, el signo heráldico de la cruz roja en fondo blanco, formado por la inversión de los colores federales, se mantiene como emblema y signo distintivo del servicio sanitario de los ejércitos.

¹ Las referencias que haremos a los Convenios de Ginebra y a los Protocolos Adicionales serán necesariamente muy sucintas, dada la extensión de estos instrumentos. El Convenio III sobre prisioneros de guerra tiene 143 artículos y cuatro anexos.

excepto en los países que emplean la media luna roja en fondo blanco. El Estado de Israel emplea la Estrella de David roja en fondo blanco, pero este emblema no ha sido aún reconocido universalmente.

El Protocolo I completa y desarrolla las disposiciones de los Convenios de Ginebra aplicables en situaciones de conflicto armado internacional y contiene reglas relativas a los métodos de conducir las hostilidades. Varias de estas reglas fueron expresión del derecho consuetudinario preexistente.

HERIDOS Y ENFERMOS EN EL MAR Y NAÚFRAGOS

El Convenio II establece normas análogas a las del Convenio I respecto del personal sanitario, establecimientos sanitarios costeros y transportes sanitarios marítimos. También contiene disposiciones para la protección de los buques-hospitales, es decir, de aquellos que han sido adaptados para llevar auxilios o transportar heridos, enfermos o naufragos.¹

LOS PRISIONEROS DE GUERRA

El primer esfuerzo internacional importante para mejorar la suerte de los prisioneros de guerra fue la Convención sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, adoptada en la Conferencia de Paz de La Haya de 1899, revisada en 1907. Las disposiciones de La Haya fueron complementadas por la Convención de Ginebra de 1929.

Aprovechando las experiencias de la Segunda Guerra Mundial, una conferencia diplomática reunida en Ginebra aprobó el Convenio sobre

¹ Un grupo de juristas y expertos navales, que actuaron a título personal, elaboró en 1994 el Manual de San Remo sobre el derecho internacional aplicable a los conflictos armados en el mar. El Manual no es vinculante. Los redactores estimaron que era prematuro emprender negociaciones diplomáticas para redactar un tratado sobre este tema.

el Trato a los Prisioneros de Guerra, de 1949 (Convenio III) que reemplazó al de 1929. A su elaboración contribuyó activamente el Comité Internacional de la Cruz Roja.

La idea fundamental que inspira este instrumento es que la cautividad de guerra no es un castigo sino tan sólo un medio para mantener al adversario fuera de combate. Por tal motivo todo rigor que exceda dicha finalidad es condenable e ilegal.

Los prisioneros de guerra—dispone el Convenio—están en poder de la Potencia enemiga y no de los individuos o de los cuerpos de tropa que los han capturado. Ellos deben ser tratados humanamente y protegidos contra cualquier acto de violencia o de intimidación. Quedan prohibidas las represalias en contra de los prisioneros de guerra y el utilizarlos como "escudos humanos" para sustraer ciertos objetivos militares al ataque enemigo.

El Convenio III dispuso la creación en cada nación de una Oficina Central de Información cuya finalidad es centralizar las informaciones relativas a los prisioneros de guerra y transmitir las prontamente al país de origen de los prisioneros.

Después de la Segunda Guerra Mundial tribunales militares de los países aliados pronunciaron condenas contra personas enemigas acusadas de causar muertes e infligir malos tratos (ejecuciones sumarias, torturas, experiencias biológicas, etc.) a prisioneros de guerra. Las sentencias dictadas en estos casos rechazaron las excusas de obediencia jerárquica y de necesidad militar.

PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN CIVIL

El desarrollo de los armamentos y la considerable extensión de las operaciones militares han determinado que los civiles estén sujetos a los mismos peligros—y a veces a mayores peligros—que los propios militares.

El número de víctimas civiles y los sufrimientos que padecieron las poblaciones civiles durante la Segunda Guerra Mundial determinaron que los Estados convinieran reglas para la protección de dichas poblaciones. Tales reglas están formuladas en el Convenio IV de

Ginebra para la Protección de las Personas Civiles en Tiempos de Guerra y en el Protocolo Adicional I de 1977.

La norma fundamental sobre esta materia está enunciada en el artículo 48 del Protocolo I:

"A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares."

El Convenio IV y el Protocolo Adicional I disponen que la población civil y las personas civiles no serán objeto de ataque. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizar a la población civil, los ataques indiscriminados que producen graves pérdidas civiles sin proporción con las ventajas militares obtenidas, las penas colectivas y las medidas de represalia en contra de la población civil.

Queda prohibido como método de guerra hacer padecer hambre a las personas civiles y atacar los bienes indispensables para la sobrevivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, el ganado, etc. En los territorios ocupados la Potencia ocupante no puede efectuar traslados o deportaciones. El Protocolo I confirma la protección de los monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto que constituyan patrimonio cultural o espiritual de los pueblos.

CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL

Los conflictos armados que ocurren dentro de un Estado, tales como rebeliones, revoluciones, insurrecciones y guerras civiles, pueden ser de gran violencia y causar numerosas víctimas. Recuérdese, por ejemplo, la Guerra Civil española (1936-1939).

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 contienen una disposición común —el artículo 3— según el cual en caso de conflicto armado

sin carácter internacional y que surja en el territorio de las Partes Contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, ciertos principios humanitarios que enumera: las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate, serán tratadas con humanidad; quedan prohibidos a su respecto los atentados a la vida y a la integridad corporal, la toma de rehenes y las ejecuciones sin juicio previo. Los enfermos y heridos deben ser recogidos y cuidados. Un organismo humanitario imparcial, como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes.

En 1977 se adoptó el Protocolo Adicional II relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional. Este Protocolo desarrolla y completa el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

El Protocolo Adicional II no se aplica "a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no sean conflictos armados." Sin embargo, en estas situaciones puede tener aplicación el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

LA CLÁUSULA MARTENS

Fue enunciada por primera vez, por sugerencia del jurista ruso de Martens, en la Convención de La Haya de 1899 Relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre. Una versión contemporánea de esta cláusula se encuentra en el Protocolo Adicional I:

"En los casos no previstos en el presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública."

El sistema de sanciones individuales por infracción del derecho humanitario está contemplado en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y en el Protocolo Adicional I.

Estos instrumentos distinguen entre infracciones graves y las que no tienen este carácter. Las primeras están sujetas a un régimen de represión severo.

Las infracciones graves a cada Convenio están enumeradas en él. Así, por ejemplo, el Convenio III enumera, entre las infracciones graves, las siguientes: el homicidio intencional; la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga.

Las Partes Contratantes en las Convenciones de Ginebra y en el Protocolo I se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves de dichos instrumentos convencionales.

Cada Parte Contratante tiene, además, la obligación de buscar a las personas acusadas de infracciones graves y de hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuese su nacionalidad. Puede también, si lo prefiere, entregar a dichas personas, para que sean juzgadas, a otra Parte Contratante interesada.

¿Pueden los subordinados acusados de cometer infracciones graves invocar la excusa de órdenes superiores para exonerarse de responsabilidad penal? Aunque ni los Convenios ni el Protocolo I resuelven expresamente esta cuestión, estimamos que se aplica el principio establecido por el Tribunal de Nuremberg la excusa de órdenes superiores sólo es admisible si el subordinado no tuvo "elección moral".

Por su parte, los superiores no sólo son responsables criminalmente si dieron orden de cometer una infracción. También lo son si, sabiendo que el subordinado estaba cometiendo o iba a cometer una

infracción, no tomaron las medidas a su alcance para impedir la o reprimirla (Protocolo I, artículo 86, párrafo 2).

Respecto de las infracciones a los Convenios o al Protocolo I que no tienen carácter de graves, las Partes deben tomar las medidas oportunas para hacerlas cesar. Con mayor razón deben hacer lo mismo respecto de las infracciones graves.

En todo caso, los Estados partes en conflicto son internacionalmente responsables de las infracciones (graves o no) cometidas por las personas que forman parte de sus fuerzas armadas, sin perjuicio de las responsabilidades individuales que procedan. Esta es una aplicación de los principios generales sobre responsabilidad internacional.

El caso del teniente Calley

William Calley, teniente del Ejército de los Estados Unidos, fue enjuiciado por un tribunal militar norteamericano por el asesinato premeditado de varios niños, mujeres y ancianos en el villorrio de My Lai, durante la guerra de Vietnam, en 1968. Estas personas estaban indefensas y bajo el control de fuerzas norteamericanas.

Calley sostuvo que había actuado siguiendo órdenes superiores de matar a todas las personas del villorrio y que estas órdenes no eran manifiestamente ilegales.

La Corte de Apelaciones norteamericana no aceptó estas excusas:

"Los prisioneros enemigos—expresó— no están sujetos a ejecución sumaria por sus captores. El derecho militar ha establecido desde hace mucho tiempo que la muerte de un prisionero que no ofrece resistencia constituye asesinato."

Aunque no pudo determinarse si el teniente Calley había o no recibido órdenes de matar a los aldeanos de My Lai, la Corte sostuvo, de acuerdo con precedentes anteriores, que una orden superior no exonera de responsabilidad cuando es ilegal para un "hombre de sentido y entendimiento comunes" ("*a man of ordinary sense and understanding*"). En el caso presente—concluyó la Corte— no podía haber duda de que la orden

de matar a los aldeanos de My Lai, si hubiera sido impartida, sería ilegal según el criterio enunciado y el teniente Calley no debió haberla cumplido. En consecuencia, el teniente Calley fue condenado.¹

LA POTENCIA PROTECTORA

Según las Convenciones de Ginebra, en caso de guerra seguida de ruptura de relaciones diplomáticas, cada uno de los Estados beligerantes puede confiar a un tercer Estado –la Potencia protectora– la defensa de sus intereses ante un Estado enemigo.

Para cumplir su tarea, la Potencia protectora podrá designar delegados, los cuales quedan sometidos a la aprobación de la Potencia ante la cual han de cumplir su misión.

EL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (C.I.C.R.)

Se estableció en Ginebra como organismo privado con el fin de concretar las generosas ideas de Henry Dunant. El propósito inicial del Comité fue desarrollar actividades en favor de los militares heridos en el campo de batalla. En los años que siguieron amplió su acción humanitaria. Actualmente goza de personalidad jurídica internacional reconocida por la Comunidad de Estados.

En el cumplimiento de las tareas que le asignan los Convenios de Ginebra y la Comunidad Internacional, el Comité Internacional de la Cruz Roja ejerce sus actividades especialmente en caso de guerra internacional, de guerra civil y de perturbaciones interiores. El Comité se esfuerza en asegurar la protección y ayuda a las víctimas militares y civiles de dichos conflictos (heridos, prisioneros de guerra, etc.), promueve el desarrollo del derecho humanitario, propaga los principios de este derecho, mantiene una Agencia Central de Búsquedas, etc.

¹ Reisman W. M. y Chris T. A., *The Laws of War* (1994), ps. 362 y ss.

"Para la Cruz Roja –escribe Jean Pictet– no hay conflictos legítimos y conflictos ilegítimos: sólo hay víctimas que han de ser socorridas. El principio de humanidad que guía su acción, así como el desarrollo del derecho humanitario, se extiende, sin distinción, a todos los seres humanos que sufren."¹

TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

En 1993 el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estableció un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de las personas responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. El Tribunal, integrado por 15 jueces tiene su sede en La Haya. Tiene competencia para juzgar las violaciones del derecho humanitario, los crímenes contra la humanidad y los actos de genocidio.

Un tribunal similar fue establecido para juzgar la misma clase de hechos cometidos en Ruanda.

En 1998 una conferencia diplomática aprobó el establecimiento de una Corte Penal Internacional que tiene competencia para juzgar a personas acusadas de crímenes de guerra y de otros crímenes de trascendencia internacional (ver p. 218).

¹ *Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra, 1986), p. 53.

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. LAS NACIONES UNIDAS

A. LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Entendemos por organización internacional gubernamental una asociación de Estados, dotada de órganos permanentes, que tiene una personalidad distinta de los Estados miembros y que persigue fines comunes de carácter internacional.¹

Toda organización internacional es establecida por un tratado, el cual determina sus fines, su estructura institucional y la competencia de sus órganos. Este tratado se denomina, a veces, Constitución o Carta de la organización.

La organización tiene una personalidad internacional distinta de la de los Estados que la componen. Ella pueden presentar reclamaciones internacionales, celebrar tratados, reconocer Estados, etc.

Las organizaciones internacionales no admiten clasificaciones rígidas. Algunas son de carácter *universal*, como las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, la UNESCO y la Organización Mundial de la Salud. Otras son de carácter *cerrado* porque admiten sólo a un número limitado de Estados, particularmente de

¹ No nos referiremos a las *organizaciones internacionales no gubernamentales*, establecidas y administradas por individuos, que son las más numerosas. Ejemplos de ellas son la Unión Parlamentaria Internacional, la Federación Sindical Mundial y la Cámara de Comercio Internacional. Tampoco nos referiremos a las *organizaciones supranacionales*, tales como las Comunidades Europeas, que pueden adoptar decisiones que son directamente obligatorias dentro de cada uno de los Estados miembros.

una región determinada. Ejemplos: la Organización de los Estados Americanos, el Consejo de Europa, la Organización de la Unidad Africana

Especial redon.
La mayor parte de las organizaciones internacionales trabajan en un campo determinado, como salud, trabajo, educación y cultura, aviación civil internacional y usos pacíficos de la energía atómica. Un número restringido de organizaciones internacionales tienen un fin de carácter general. Ejemplo: las Naciones Unidas.

En general, una organización internacional tiene una Asamblea General en que están representados todos los Estados miembros y que es el órgano supremo de la organización; un Consejo, integrado por un número restringido de Estados y dotado de competencias específicas; y una Secretaría (u oficina permanente), encargada de la preparación técnica de los trabajos de la Asamblea y del Consejo (documentos, elaboración de proyectos, etc.)

El tratado constitutivo de cada organización internacional establece sus funciones y la competencia de cada uno de sus órganos. En este aspecto no se puede generalizar. Las decisiones de cada órgano se adoptan comúnmente por ciertas mayorías las reglas de votación varían de una organización a otra y entre órganos de una misma organización.

En principio, las decisiones de la organización no son obligatorias para los Estados miembros. La menos que el tratado constitutivo disponga otra cosa. Ciertas organizaciones han sido dotadas de competencia para adoptar, por mayorías de uno de sus órganos, normas reglamentarias de carácter técnico en el ámbito de su actividad: seguridad aérea, distribución de frecuencias de radio, cuarentenas, nomenclatura de enfermedades, etc. Estas reglamentaciones obligan a los Estados miembros que no se disocian de ellas por acto expreso. También las organizaciones internacionales tienen poder para adoptar su presupuesto y dictar el reglamento interno de sus órganos.

A fin de asegurar a las organizaciones internacionales la independencia necesaria para la realización de sus fines, se les reconoce por tratado ciertos privilegios tales como la inmunidad de jurisdicción, la inviolabilidad de sus locales, la exención de impuestos y facilidades de comunicación. También se reconoce privilegios e inmunidades a los

delegados de los Estados a la organización respectiva y a los altos funcionarios de ella.

Los fondos de las organizaciones internacionales provienen principalmente de las contribuciones de los Estados miembros.

En 1975 se adoptó una Convención de los Estados en sus Relaciones con los Organismos Internacionales de Carácter Universal.

El establecimiento de organizaciones internacionales es relativamente reciente. En efecto, hasta fines del siglo XIX los contactos internacionales se realizaban por medio de misiones diplomáticas permanentes, negociadores especiales y congresos. Estos últimos, aun si tuvieron larga duración, como el Congreso de Viena de 1815, no revistieron carácter permanente.

En la segunda mitad del siglo pasado se establecen algunas instituciones internacionales de carácter técnico, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones, (1865), la Unión Postal Universal (1874), y la Unión para la Protección de la Propiedad Literaria y Artística (1883).

Las organizaciones internacionales de carácter especializado se multiplican luego bajo los imperativos del comercio internacional, del progreso de los medios de comunicación y de las necesidades de cooperación en todos los planos de la actividad humana. *Sec. de la Ubc*

Después de la Primera Guerra Mundial se estableció la Sociedad de las Naciones reglamentada por un tratado denominado Pacto de la Sociedad de las Naciones, que constituyó la primera gran tentativa para crear una organización mundial de carácter general. Su función esencial era el mantenimiento de la paz internacional. La Sociedad de las Naciones nunca logró ser, en el hecho, verdaderamente mundial: Estados Unidos no formó parte de esta organización y otros Estados se retiraron o fueron posteriormente expulsados de ella. Las agresiones armadas de los años treinta, que culminaron con la agresión de la Alemania nazi a Polonia en 1939, provocaron el quiebre de esta institución.

En 1945 la Conferencia de San Francisco estableció la Organización de las Naciones Unidas, la más importante de las organizaciones internacionales existentes, tanto por el número de sus miembros como por la amplitud de sus actividades. Vinculados a ella existen diversos

organismos especializados, tales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización para la Agricultura y la Alimentación (FAO).

Dadas estas nociones someras sobre organizaciones internacionales, entraremos ahora al estudio de la más importante de ellas: la Organización de las Naciones Unidas.

B. LAS NACIONES UNIDAS

Durante la Segunda Guerra Mundial, estadistas de las naciones aliadas decidieron establecer una organización internacional que reemplazara a la Sociedad de las Naciones. Con este fin, en 1944 se reunieron en Dumbarton Oaks, Washington, representantes de los Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y China, y adoptaron un plan detallado de organización internacional. El plan fue sometido a una reunión de alto nivel celebrada en Yalta, Crimea, en la cual se decidió convocar a una conferencia de las Naciones Unidas en San Francisco de California.

La Conferencia de San Francisco adoptó la Carta de las Naciones Unidas, tratado constitutivo de la nueva organización mundial. La Carta fue suscrita y ratificada originalmente por 51 Estados, que son los miembros originarios de la Organización. En los años siguientes fueron admitidos a ella muchos otros Estados. Actualmente las Naciones Unidas tienen 185 Estados miembros. No forman parte de ella Suiza, que considera que sus obligaciones de miembro son incompatibles con su política tradicional de neutralidad, y algunos Estados muy pequeños, como Liechtenstein y el Estado de la Ciudad del Vaticano.

PROPÓSITOS Y PRINCIPIOS

La Carta de las Naciones Unidas señala en su artículo 1 los Propósitos de las Naciones Unidas. En resumen, ellos son mantener la paz y la seguridad internacionales; realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales y en el desarrollo y estímulo

de los derechos humanos; y servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

La Carta indica luego los Principios a que deben ajustarse la Organización y sus miembros para la realización de dichos Propósitos, como la igualdad soberana de los Estados, el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, el arreglo pacífico de las controversias y la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza.

ADMISIÓN DE NUEVOS ESTADOS MIEMBROS

La Organización de las Naciones Unidas sólo está compuesta por Estados soberanos.

La admisión de nuevos Estados como miembros de las Naciones Unidas se efectúa por decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad.

Como para que el Consejo de Seguridad formule esta recomendación previa se requiere el voto afirmativo de todos los miembros permanentes del Consejo, cualquiera de éstos puede impedir ("vetar") el ingreso de un Estado a la Organización.

REPRESENTACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Cuando un gobierno reemplaza a otro después de una revolución o golpe de Estado se admite normalmente como representante ante las Naciones Unidas a la delegación que designa el nuevo gobierno. Pero la cuestión se complica cuando hay dos gobiernos rivales, cada uno de los cuales reclama el derecho de representar al Estado en las Naciones Unidas. Tal fue el caso de la representación de China. No se trató aquí de un caso de admisión a las Naciones Unidas, ya que China era miembro originario de la Organización; se trataba únicamente de determinar cuál de los dos gobiernos rivales que pretendían ser los únicos gobiernos legales de toda China—el de la República Popular, que controla casi todo el territorio chino, o el de Formosa (Taiwán), que controla solamente esta isla—debía *representar* a China en las Naciones Unidas.

Sólo en 1971 una resolución de la Asamblea General reconoció esta representación al Gobierno de la República Popular China.

ASUNTOS QUE ESTÁN DENTRO DE LA JURISDICCIÓN INTERNA

El artículo 2, párrafo 7, de la Carta dispone:

159/5
9/2/21
"Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII."

En la práctica, la Organización ha interpretado de manera pragmática el principio enunciado y sin ceñirse a un criterio jurídico preciso.

Según la práctica de las Naciones Unidas, tales asuntos son aquellos que no afectan los derechos ni los intereses esenciales de los demás Estados. Los asuntos que afectan tales intereses o derechos no son esencialmente de la jurisdicción interna y están dentro de la competencia de los órganos de las Naciones Unidas.¹

Reconocido un asunto como de la jurisdicción interna de un Estado, la Organización no puede "intervenir" en él, es decir, ocuparse del asunto en forma alguna.

El principio enunciado en el artículo 2, párrafo 7, no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas contempladas en el Capítulo VII de la Carta en casos de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión.

En varios casos, a pesar de las objeciones basadas en la disposición citada, las Naciones Unidas se han considerado competentes para tratar

¹ A. Ross, *The United Nations. Peace and Progress* (1966), ps. 164-165.

asuntos relativos a las relaciones entre una Potencia colonial y sus territorios dependientes, a la violación de los derechos humanos en determinados países, al apartheid, etc.

ORGANOS

La Carta establece como *órganos principales* de las Naciones Unidas los siguientes:

- 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 General.

LA ASAMBLEA GENERAL

En la Asamblea General están representados todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Cada Estado puede tener en ella hasta cinco representantes, pero sólo tiene un voto. La Asamblea General no es un "Parlamento Mundial" sino un órgano internacional, compuesto por representantes de Estados soberanos sujetos a las instrucciones de sus respectivos gobiernos.

La Asamblea General se reúne una vez por año en sesión ordinaria y, cuando las circunstancias lo requieren, en sesión extraordinaria.

¿Cuáles son las funciones de la Asamblea?

La Asamblea General puede discutir cualquier asunto comprendido dentro de la Carta y hacer recomendaciones al respecto. Entre estos asuntos se comprenden los relativos a la paz y seguridad internacionales, incluyendo aquellos sobre desarme y regulación de armamentos; el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación; la cooperación en materias de carácter político económico, social, cultural y sanitario; los derechos y libertades fundamentales.

- discutir
- hacer recomendaciones.

En este vasto ámbito, la Asamblea General sólo puede discutir y recomendar, pero no formular decisiones de carácter obligatorio. Sus funciones son, pues, amplias, pero sus poderes limitados. Toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz o de la seguridad internacionales con respecto a la cual se requiera acción debe ser referida por la Asamblea al Consejo de Seguridad. Además, mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando sus funciones respecto a una controversia o situación, la Asamblea no puede hacer recomendaciones al respecto, a no ser que lo solicite el propio Consejo de Seguridad.

Como el llamado "derecho de veto" puede paralizar la acción del Consejo de Seguridad en caso de ruptura de la paz o de agresión, la Asamblea General adoptó en 1950 la llamada resolución "Unión Pro Paz". Según ella, si el Consejo de Seguridad está imposibilitado por el veto de un miembro permanente de ejercer su responsabilidad primordial de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, la Asamblea General puede hacer recomendaciones a los Estados miembros para el empleo de medidas colectivas, incluso el uso de la fuerza armada. Estas recomendaciones no son obligatorias.

Además de recomendar en un ámbito tan amplio, la Asamblea General tiene participación, actuando sola o en colaboración con el Consejo de Seguridad, en ciertos asuntos específicos, tales como la elección de Estados a las Naciones Unidas, la elección de miembros no permanentes del Consejo de Seguridad y de miembros del Consejo Económico y Social, la elección de jueces de la Corte Internacional de Justicia, y la aprobación del presupuesto de la Organización.

Por regla general, las resoluciones de la Asamblea General se toman por simple mayoría de los miembros presentes y votantes. Pero para una serie de cuestiones llamadas "importantes" se requiere la mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes. Entre las cuestiones "importantes" se cuentan: las recomendaciones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, la elección de miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, la expulsión de miembros y aquellas que la Asamblea General declare "importantes" por *simple mayoría*.

La Asamblea General puede establecer los órganos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones.

EL CONSEJO DE SEGURIDAD

Composición y votación

El Consejo de Seguridad es un órgano permanente que celebra sesiones periódicas. Funciona en Nueva York, ciudad sede de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad tiene la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales. Es, por así decirlo, el órgano ejecutivo de la Organización.

Este Consejo se compone actualmente de quince miembros de las Naciones Unidas: cinco miembros permanentes, que son China, Francia, Rusia, Reino Unido y Estados Unidos, y diez miembros no permanentes, elegidos por la Asamblea General por períodos de dos años. Cada miembro del Consejo de Seguridad tiene un representante y un voto.

Las decisiones sobre cuestiones de procedimiento deben ser tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros; las decisiones sobre todas las demás cuestiones deben ser tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes. En las decisiones relativas a arreglo pacífico de las controversias la parte en una controversia debe abstenerse de votar.

La exigencia de que las resoluciones sobre cuestiones no procesales, es decir, sustantivas o de fondo, requieran el voto afirmativo de los miembros permanentes permite a cualquiera de ellos oponerse a la adopción de la resolución mediante su voto negativo y paralizar así la acción del Consejo. Es el llamado "veto", término que no figura en la Carta y que significa "me opongo".

La práctica del Consejo de Seguridad es uniforme en el sentido de que la abstención voluntaria o la ausencia de un miembro permanente no impide la adopción de una resolución por el Consejo, es decir, no constituye "veto". En el caso *Namibia* la Corte Internacional de Justicia expresó:

"...los debates que se desarrollan en el Consejo de Seguridad desde hace mucho tiempo prueban abundantemente que la práctica de la abstención voluntaria de un miembro permanente ha sido interpretada siempre y uniformemente... como no constitutiva de un impedimento para la adopción de resoluciones. La abstención de un miembro permanente no significa que se opone a lo que se está proponiendo; para impedir la adopción de una resolución que requiere la unanimidad de los miembros permanentes, un miembro permanente debe emitir un voto negativo. El procedimiento seguido por el Consejo de Seguridad... ha sido generalmente aceptado por los Miembros de las Naciones Unidas y constituye la prueba de una práctica general de la Organización." ¹

La situación privilegiada de que gozan los miembros permanentes del Consejo de Seguridad en las votaciones de este órgano ha sido objeto de críticas. Cualquiera de los miembros permanentes —se dice— puede paralizar la acción del Consejo en contra de sí mismo o de cualquier otro miembro de las Naciones Unidas.

Estas críticas no toman en cuenta el hecho de que la aplicación de medidas coercitivas a una Gran Potencia que esté decidida a resistirlas puede dar lugar a un conflicto armado de grandes proporciones y de consecuencias imprevisibles. Las Naciones Unidas fueron establecidas sobre un postulado básico: la cooperación y el acuerdo entre las Grandes Potencias, sin las cuales el sistema de sanciones previsto en la Carta, aun sin veto, resultaría inoperante. ²

Funciones y competencias

La Carta de las Naciones Unidas asigna al Consejo de Seguridad "la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales" (artículo 24, párrafo 1), y dispone que "los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones

¹ Reports 1971, p. 22.

² A. Ross, *The United Nations. Peace and Progress* (1966), ps. 164-165.

quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII, y XII" (artículo 24, párrafo 2). Una interpretación estricta del artículo 24 de la Carta permitiría concluir que para cumplir su función de mantener la paz y la seguridad internacionales, el Consejo de Seguridad goza únicamente de los poderes específicos que le otorgan los mencionados Capítulos de la Carta. Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia ha declarado que la mención en este artículo de poderes específicos acordados al Consejo de Seguridad, en virtud de ciertos Capítulos de la Carta, no excluye la existencia de poderes generales destinados a permitirle desempeñar las responsabilidades que le confiere el párrafo 1 del artículo 24. ¹

Los miembros de las Naciones Unidas están obligados a "aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta" (artículo 25). Esta obligación sólo se refiere a las decisiones, no a las recomendaciones o exhortaciones, adoptadas por el Consejo de Seguridad en conformidad a la Carta. Como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia:

"Hay que analizar cuidadosamente los términos empleados por una resolución del Consejo de Seguridad antes de concluir en su efecto obligatorio. En vista de la naturaleza de los poderes que derivan del artículo 25, conviene determinar en cada caso si estos poderes fueron ejercidos en el hecho, tomando en cuenta los términos de la resolución que se trata de interpretar, los debates que precedieron a su adopción, las disposiciones de la Carta invocadas, y en general todos los elementos que podrían ayudar a precisar las consecuencias jurídicas de la resolución del Consejo de Seguridad." ²

Estudiemos ahora las funciones y competencias del Consejo de Seguridad respecto del arreglo pacífico de las controversias, de las amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz y actos de agresión, y de asuntos especiales.

¹ Opinión consultiva en el caso *Namibia*. Reports 1971, p. 52. Ver la opinión disidente del Juez Fitzmaurice en ps. 293 y ss.

² *Ibid.*, p. 53.

- Arreglo pacífico de las controversias (Capítulo VI)

Las partes en una controversia que pueda comprometer la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales y otros medios pacíficos de su elección (artículo 33).

En presencia de una controversia de esta clase el Consejo de Seguridad puede, por iniciativa de un Estado o del Secretario General, instar a las partes a que solucionen la controversia por medios pacíficos, recomendarles un método de solución determinado y aun recomendarles términos de arreglo. Dentro de sus funciones de solución pacífica, el Consejo de Seguridad sólo puede formular recomendaciones, pero no imponer decisiones obligatorias a los Estados miembros.

- Acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión (Capítulo VII)

Los redactores de la Carta de las Naciones Unidas pretendieron establecer en el Capítulo VII un sistema de seguridad colectiva que pudiera actuar en contra de los Estados agresores. Al efecto el artículo 39 de la Carta dispuso:

"El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales."

La determinación que hace el Consejo de existir una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión es fundamentalmente de carácter político.

El Consejo de Seguridad ha adoptado a veces una interpretación amplia de la expresión "amenaza a la paz". Así, en 1992, el Consejo, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta, decidió que la omisión del Gobierno libio de demostrar por actos concretos su renuncia al terrorismo y, en particular, su falta de cooperación para determinar

responsabilidades por actos terroristas cometidos en contra de los vuelos 130 de Panamerican y 772 de la Union de Transports Aériens (atribuidos a agentes libios) constituían una amenaza a la paz y seguridad internacionales. En la misma resolución el Consejo impuso ciertas sanciones al Gobierno libio.

¿Qué puede hacer el Consejo de Seguridad frente a una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión?

En primer lugar, la fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo podrá previamente instar a las partes interesadas a que cumplan con ciertas medidas provisionales como el cese de fuego y el retiro de fuerzas militares a posiciones anteriores.

En segundo lugar, el Consejo puede adoptar medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada, como ruptura de relaciones diplomáticas, sanciones económicas, interrupción de las comunicaciones aéreas, postales, etc. (artículo 41). En años recientes, el Consejo ha impuesto sanciones comerciales a países como Angola, Irak y los países de la ex Yugoslavia.

En tercer lugar, el Consejo de Seguridad puede ejercer, por medio de fuerzas aéreas navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones similares (artículo 42).

Las medidas adoptadas pueden revestir la forma de recomendaciones o de sanciones. Estas últimas, al contrario de las recomendaciones, son obligatorias para los Estados miembros. La adopción de estas medidas puede ser paralizada por el voto negativo ("veto") de cualquiera de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Las Naciones Unidas no tienen fuerzas armadas propias ni pueden exigir a los Estados miembros que se las proporcionen. Los "convenios especiales" previstos en la Carta en virtud de los cuales los Estados miembros pondrían a disposición del Consejo fuerzas armadas y otras facilidades nunca llegaron a celebrarse por desacuerdo entre los Estados Unidos y la Unión Soviética durante la "Guerra Fría". Es por ello que nunca las Naciones Unidas han decidido medidas coercitivas en contra de un Estado agresor en la forma prevista en la Carta. El Consejo se ha limitado a recomendar ayuda (incluso militar) al país

agredido y autorizar a los Estados a emplear "los medios necesarios", que comprenden la fuerza armada, para conjurar la agresión.

Nos referiremos a un caso en que el Consejo adoptó medidas frente a la agresión.

La Guerra del Golfo

El 2 de agosto de 1990 fuerzas militares de Irak invadieron Kuwait. El mismo día el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas declaró que este hecho constituía un quebrantamiento de la paz y de la seguridad internacionales y exigió el retiro inmediato e incondicional de las fuerzas invasoras (resolución N° 660).

Como Irak no diera cumplimiento a esta resolución, el Consejo de Seguridad, en aplicación del Capítulo VII de la Carta, *decidió* un embargo general en contra de ese país (prohibición de importar desde Irak o exportar a Irak, "congelamiento" de fondos iraquíes, etc.).

En abierto desafío del Consejo, Irak procedió a anexarse Kuwait. El Consejo de Seguridad declaró esta anexión nula y sin valor.

El 29 de noviembre de 1990, ante la actitud recalcitrante del Gobierno de Bagdad, el Consejo de Seguridad aprobó la resolución N° 678, en la cual *autorizaba* a los Estados miembros que cooperaban con el Gobierno de Kuwait para que, a menos que Irak cumpliera antes del 15 de enero de 1991 las resoluciones adoptadas por el Consejo, utilizaran *todos los medios necesarios* para llevar a la práctica dichas resoluciones y restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región.

Esta resolución fue aprobada con arreglo al Capítulo VII de la Carta. Los "medios necesarios" a que alude comprendían el empleo de la fuerza armada.¹

¹ La resolución fue aprobada por 12 votos a favor, 2 en contra (Cuba y Yemen) y la abstención de la República Popular China.

Los esfuerzos diplomáticos tendientes a inducir al Irak a deponer su actitud fueron estériles. Vencido el plazo señalado en la resolución N° 678, una coalición de países, encabezada por los Estados Unidos, efectuó una operación por tierra, mar y aire en contra de Irak.

En pocos días se produjo el colapso de las fuerzas armadas iraquíes. El gobierno de Bagdad se vio obligado a retirar sus fuerzas de Kuwait y a aceptar otras condiciones tendientes a limitar su capacidad agresora.

Durante la Guerra del Golfo no se reunió el Consejo de Seguridad. Ni el Consejo ni el Secretario General de las Naciones Unidas trataron de ejercer control sobre las operaciones militares. El cese de fuego fue dispuesto por el Presidente norteamericano George Bush y la tregua consiguiente fue acordada entre los comandantes militares iraquíes y los de la coalición.

Se ha discutido si la acción realizada en contra del Irak fue una campaña de legítima defensa colectiva a favor de Kuwait, realizada con la aprobación y el estímulo del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 51 de la Carta, o una acción de carácter coercitivo, en virtud del Capítulo VII de la Carta, en interés de la seguridad colectiva.¹

La falta de un sistema eficaz de seguridad colectiva ha inducido a Estados que están unidos por vínculos de solidaridad política a establecer alianzas defensivas de carácter regional, tales como el Tratado de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro y la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

Por otra parte, como se ha dicho, los países occidentales lograron en 1950 la aprobación de la Resolución Pro Paz, según la cual en caso de que el Consejo de Seguridad esté paralizado por el veto en su función de mantener la paz, la Asamblea General podrá *recomendar* a los Estados miembros el empleo de medios colectivos, incluso el uso de la fuerza armada, para mantener o restablecer la paz.

¹ Eugene V. Rostow, "Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defense?", en *American Journal of International Law*, vol. 85 N° 3 (Julio de 1991). Un interesante debate sobre este problema, con puntos de vista diferentes, se encuentra en la misma revista, vol. 85 N°s. 1 y 3.

- Competencias especiales

El Consejo de seguridad tiene también competencias especiales: recomendar a la Asamblea General la admisión de nuevos miembros a Naciones Unidas, participar en la elección de jueces/de la Corte Internacional de Justicia, proponer a la Asamblea General el nombre del Secretario General, aprobar el presupuesto de la organización, etc.

Fuerzas para el mantenimiento de la paz

Las Naciones Unidas han establecido fuerzas especiales para el mantenimiento de la paz (*peace keeping operations*) en ciertas áreas de tensión.

La constitución de estas fuerzas no fue contemplada en la Carta de las Naciones Unidas ni en sus trabajos preparatorios, pero ellas fueron establecidas a medida que surgían situaciones peligrosas en áreas de conflicto.

Las fuerzas de mantenimiento de la paz, cuyos miembros son llamados "casco azul" tienen las funciones limitadas que les señalan las resoluciones de Naciones Unidas que las crean. En general, estas fuerzas cumplen funciones de observación de una tregua, vigilan el cumplimiento de acuerdos de armisticio o la separación de fuerzas contendientes.

Los contingentes militares que forman estas fuerzas son proporcionados voluntariamente por los Estados miembros, y sólo pueden ingresar a un Estado con el consentimiento de éste. Estas fuerzas están dotadas sólo de armamento defensivo y deben tratar de cumplir sus funciones con la colaboración de las partes en conflicto y no por medio de las armas. No les corresponde tomar medidas coercitivas (enforcement action). Ello las diferencia de las fuerzas que puede organizar o autorizar el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta, para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Estas últimas sí pueden realizar acción coercitiva.

¹ Jean-Luc Blondel, "Las Fuerzas de Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz y la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario", en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. IX N° 50, p. 108.

Los "casco azul" están bajo el mando del Secretario General, pero bajo la autoridad superior del Consejo de Seguridad.

Fuerzas de mantenimiento de la paz han sido enviadas a diversas regiones, tales como el Medio Oriente, América Central e India-Pakistán.

EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

El Consejo Económico y Social (ECOSOC) está integrado por 54 miembros elegidos por la Asamblea General. Las decisiones del Consejo se adoptan por simple mayoría de los miembros presentes y votantes.

El ECOSOC puede preparar estudios e informes, hacer recomendaciones, formular proyectos de convenciones, y convocar a conferencias internacionales en asuntos de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario y otros. También puede establecer comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos. Una de estas comisiones es la Comisión de Derechos Humanos.

EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN FIDUCIARIA. FIDEICOMISOS

Después de la Primera Guerra Mundial fueron sometidos al régimen de mandatos algunos territorios que formaban parte del Imperio Otomano, tales como Irak, Siria, Líbano, Palestina, y ciertas colonias alemanas, como Camerún, Tanganyika. Estos territorios fueron confiados a Estados llamados mandatarios para que los administraran en nombre de la Sociedad de las Naciones y en provecho de la población local.

La Carta de las Naciones Unidas estableció un sistema de fideicomisos (trusteeship, tutelle), que reemplazó al de mandatos. Su finalidad fue promover el adelanto político de los habitantes del territorio colocado bajo este régimen y su desarrollo hacia el gobierno propio o la independencia. La Carta estableció también un Consejo de Administración Fiduciaria para colaborar en esta tarea. Todos los territorios

que fueron colocados bajo fideicomiso pasaron a ser Estados independientes o a integrarse a un Estado independiente, de manera que el régimen de administración fiduciaria y el Consejo llegaron prácticamente a su fin.

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas. Funciona en conformidad a un Estatuto que forma parte integrante de la Carta. Fue estudiada en el Capítulo XX.

LA SECRETARÍA GENERAL

Se compone del Secretario General, que es el funcionario administrativo de mayor rango de la Organización, y del personal que se encuentra al servicio de ella. El Secretario General es nombrado por la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad.

El Secretario General puede asistir a las sesiones de casi todos los órganos de Naciones Unidas y llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que, en su opinión, pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. Ni el Secretario General ni el personal bajo sus órdenes pueden solicitar ni recibir instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización.

LOS ORGANISMOS ESPECIALIZADOS

Son organizaciones establecidas por acuerdos intergubernamentales que tienen amplias atribuciones en materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, etc. y que están vinculadas a las Naciones Unidas por medio de un acuerdo entre la organización respectiva y el Consejo Económico y Social.

Entre los organismos especializados podemos mencionar a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización para la

Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Meteorológica Mundial (OMM).

TERRITORIOS NO AUTÓNOMOS O DEPENDIENTES. LA DESCOLONIZACIÓN

Antes de la Carta de las Naciones Unidas se consideraba que la situación de las colonias, posesiones o dependencias de un Estado era un asunto que estaba exclusivamente dentro de la jurisdicción interna de ese Estado.

La Carta innovó a este respecto. Ella impuso ciertas obligaciones a los Estados que administraran "territorios no autónomos" (colonias), tales como la de "desarrollar el gobierno propio" (Capítulo XI). Además, la Carta estableció un régimen de administración fiduciaria, uno de cuyos objetivos era promover el desarrollo progresivo de los habitantes de los territorios sometidos a este régimen "hacia el gobierno propio o la independencia".

Sin embargo, muy pronto las Naciones Unidas, impulsadas por países de Asia y Africa, iniciaron una vigorosa acción para liquidar las situaciones coloniales y promover la independencia de los territorios dependientes.

En 1960 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución N° 1.514 (XV), sobre "Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales", la cual proclama "la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones". Esta resolución declara:

1. La sujeción de pueblos a una 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.

2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

3. La falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá nunca servir de pretexto para retrasar la independencia.

4. En los territorios... que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados..."

En resoluciones posteriores la Asamblea General señaló cuándo podía considerarse que un territorio dependiente había completado la descolonización: cuándo alcanzaba su independencia, se asociaba o se integraba a un Estado independiente, o decidía libremente "otra condición política".

En poco más de veinte años, bajo la dinámica irresistible de las Naciones Unidas, el colonialismo llegó virtualmente a su término.

ACUERDOS REGIONALES

La Carta establece expresamente que ninguna de sus disposiciones se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales, siempre que ellos sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Entre estos organismos podemos mencionar la Organización de los Estados Americanos y la Organización de Estados Africanos.

Los miembros de las Naciones Unidas que sean partes en los acuerdos u organismos regionales deben hacer todo lo posible 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.

El Consejo de Seguridad puede utilizar los acuerdos u organismos regionales para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad. Sin embargo, no se pueden aplicar medidas coercitivas en virtud de acuerdos regionales o por organismos regionales sin autorización del Consejo de Seguridad.

La Organización de las Naciones Unidas tiene personalidad *internacional* propia. Tomando en cuenta las atribuciones y las funciones de la organización, la Corte Internacional de Justicia declaró, en 1949, que ella es un sujeto de derecho internacional, capaz de tener derechos y deberes internacionales y de ejercer estos derechos presentando reclamaciones internacionales.¹

PERSONALIDAD DE DERECHO INTERNO, INMUNIDADES

La Carta dispone que:

"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."

La Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas reconoce a la Organización, dentro de cada uno de los Estados miembros, personalidad jurídica y capacidad para contratar, adquirir y disponer de propiedades muebles e inmuebles y entablar procedimientos judiciales. Las Naciones Unidas tienen, pues, además de personalidad internacional, personalidad interna en cada uno de los Estados miembros. Por otra parte, la Convención y los tratados de sede reconocen ciertos privilegios e inmunidades a la Organización misma, a los representantes de los Estados acreditados ante ella y a sus altos funcionarios.

¹ Reparación de Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas, Reports 1949.

El procedimiento de reforma de las disposiciones de la Carta consta de dos etapas sucesivas:

a) la reforma debe ser aprobada en la Asamblea General por una mayoría de dos tercios y

b) la reforma debe ser ratificada, 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.

Cumplidas estas dos etapas, la reforma entra en vigencia para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a aquellos que aún no la han ratificado.

Hasta ahora la Carta ha sido objeto de reformas para ampliar el número de miembros del Consejo de Seguridad y del Consejo Económico y Social.

PRIMACÍA DE LA CARTA

Según el artículo 103 de la Carta:

"En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta."

