

Derecho Internacional Público

El DI es un derecho manuable, fáctico al descansar en gran parte en la costumbre, casi líquido por la creciente importancia del soft law. Un derecho que “se adapta continuamente a las necesidades de un mundo cambiante”. Lucha hoy entre la transmutación en los deseos de los Estados poderosos y la consolidación pétrea de valores de justicia universal que provean antídoto a los eternos poderes de hecho. Su exposición mediática continua a partir de desastres o violaciones se multiplica por la dimensión del planeta, sus culturas y sistemas de gobierno. Su doble debilidad (de ámbitos de aplicación superpuestos y de ausencia de monopolio de la fuerza) pone en duda su legitimidad. Sin embargo, ¿cuál es la alternativa jurídica a la desaparición del DI?: las respuestas son escasas. La transición del DI clásico al contemporáneo avanzará en la relativización de la inmunidad jurisdiccional; la afirmación de obligaciones erga omnes; las normas imperativas (jus cogens) como texto abierto; la responsabilidad por crímenes internacionales; los sistemas jurisdiccionales obligatorios de protección de derechos humanos; y en suma, la conformación de un sistema internacional de protección de la persona.

Favio Farinella es Abogado; Doctor en Derecho, con mención summa cum laude (UNMdP, Argentina); Bachelor of Sciences in Politics and International Relations (London School of Economics, London University); Especialista en Derecho Internacional (Leiden University, Holanda); Master en Gestión Ambiental y Master en Nuevas Tecnologías (UNMdP).



editorial académica española



Favio Farinella · Jimena Quesada Raba Papadakis ·
Cartolano Bariffi Medel

Derecho Internacional Público

Siglo XXI y Pospandemia

Favio Farinella
Jimena Quesada Raba Papadakis
Cartolano Bariffi Medel

Derecho Internacional Público

FOR AUTHOR USE ONLY

FOR AUTHOR USE ONLY

**Favio Farinella
Jimena Quesada Raba Papadakis
Cartolano Bariffi Medel**

Derecho Internacional Público

Siglo XXI y Pospandemia

FOR AUTHOR USE ONLY

Editorial Académica Española

Imprint

Any brand names and product names mentioned in this book are subject to trademark, brand or patent protection and are trademarks or registered trademarks of their respective holders. The use of brand names, product names, common names, trade names, product descriptions etc. even without a particular marking in this work is in no way to be construed to mean that such names may be regarded as unrestricted in respect of trademark and brand protection legislation and could thus be used by anyone.

Cover image: www.ingimage.com

Publisher:

Editorial Académica Española

is a trademark of

International Book Market Service Ltd., member of OmniScriptum Publishing Group

17 Meldrum Street, Beau Bassin 71504, Mauritius

Printed at: see last page

ISBN: 978-620-3-03372-4

Copyright © Favio Farinella, Jimena Quesada Raba Papadakis, Cartolano Bariffi Medel

Copyright © 2021 International Book Market Service Ltd., member of OmniScriptum Publishing Group

FOR AUTHOR USE ONLY

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

en el siglo XXI y la pospandemia

DIPu 2.1

FOR AUTHOR USE ONLY

con el auspicio

del Centro de Investigación en Derecho Internacional e
Integración Regional, Argentina

y

la Fundación Kalliopi Koufa para la Promoción del Derecho
Internacional y los Derechos Humanos, Tesalónica, Grecia

FOR AUTHOR USE ONLY

Índice

Prólogo por el dr. Juan Antonio Travieso 18

Palabras previas y Agradecimientos 19

Capítulo 1 Orígenes y consolidación del Derecho Internacional Público 25

I. Introducción 27

II. Perspectiva histórica 29

III. Las grandes cuestiones del siglo XX 32

III.1. Las cuestiones de la guerra y la paz 32

III.1.a. Uso de la fuerza: el Derecho a la guerra y el derecho en la guerra 32

III.1.b. El camino hacia la paz: solución pacífica de controversias 34

III.2. La cuestión de las instituciones internacionales 40

III.2.a. Sociedad de Naciones: La génesis de un nuevo tipo de institución internacional 40

III.2.b. Los internacionalistas 42

III.2.c. El camino hacia la justicia universal: Corte Permanente de Justicia Internacional 43

III.2.d. La codificación del derecho internacional 44

III.2.e. La Organización de Naciones Unidas 46

III.3. La cuestión de la ampliación de la subjetividad internacional 45

III.3.a. De la protección de las minorías nacionales a los derechos del individuo 45

III.3.b. Un camino hacia la libertad: descolonización y libre determinación de los pueblos 47

III.3.c. La responsabilidad penal internacional del individuo 49

III.4. La cuestión de los paradigmas modernos 51

III.4.a. Los derechos humanos y el simple derecho a un recurso efectivo 52

III.4.b. La protección de intereses globales y la internacionalización de las normas 57

III.4.c. La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación 59

Capítulo 2 Fuentes del Derecho Internacional 61

I. Introducción 63

II. Fuentes tradicionales 63

II.1. Tratados 63

II.2. Costumbre 65

II.3. Principios generales de derecho 69

II.4. Decisiones judiciales 70

II.5. La doctrina de los publicistas 71

III. Críticas al art. 38 del Estatuto CIJ 72

IV. Fuentes contemporáneas	72
IV.1. Resoluciones de la Asamblea General y otras organizaciones internacionales	72
IV.2. Equidad	73
IV.3. Actos de organizaciones internacionales	74
IV.4. Tratados no vigentes	74
IV.5. Jus Cogens	74
IV.6. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y los Proyectos de tratados y textos adoptados	78
IV.7. El soft law	79
V. Conclusiones	80

Capítulo 3 Naciones Unidas, órganos y principios del derecho internacional 83

I. La Organización de las Naciones Unidas	85
II. Carta de las Naciones Unidas	86
II.1. Características: jerarquía	86
II.2. Preámbulo: importancia y valor jurídico	87
II.3. Propósitos	87
II.3.a. Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales	87
II.3.b. Fomento de las relaciones entre los Estados	88
II.3.c. Cooperación internacional	88
II.3.d. Armonización de los esfuerzos para alcanzar los propósitos comunes	88
II.4. Principios	88
II.4.a. Igualdad soberana de los Estados	89
II.4.b. Buena Fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales	89
II.4.c. Arreglo pacífico de las controversias internacionales	90
II.4.d. Prohibición de la Amenaza o Uso de la Fuerza	90
II.4.e. Asistencia a la Organización de las Naciones Unidas	90
II.4.f. Autoridad de la ONU sobre los Estados no miembros	90
II.4.g. Excepción de la jurisdicción interna de los Estados	91
II.4.h. Los principios incorporados por las resoluciones 1514, 1541 y 2625	91
II.4.h.1. Principio de no intervención	91
II.4.h.2. Principio de Cooperación	92
II.4.h.3. Principio de igualdad y libre determinación de los pueblos	93
II.5. Miembros	94
II.6. Modificación de la Carta	95

III. Estructura institucional: órganos principales de la ONU	96
III.1. Asamblea General	96
III.1.a. Funciones y poderes	96
III.1.b. Períodos de sesiones	97
III.2. Consejo de Seguridad	98
III.2.a. Funciones y poderes	99
III.3. Corte Internacional de Justicia	100
III.3.a. Jurisdicción	101
III.3.b. Miembros	101
III.4. Consejo Económico y Social	102
III.4.a. Funciones y poderes	102
III.4.b. Períodos de sesiones y órganos subsidiarios	102
III.5. Consejo de Administración Fiduciaria	103
III.6. Secretaria General	104

Capítulo 4 Sujetos del Derecho Internacional Público 105

I. Introducción	107
II. Los caracteres de un sujeto internacional requeridos por el DI clásico	107
III. Sujetos tradicionales del DI	109
III.1. Los Estados y sus atributos	109
III.1.a. El territorio	110
III.1.b. La población	112
III.1.c. El gobierno	112
III.1.d. La capacidad de entrar en relaciones con otros Estados	114
III.1.e. Otros atributos	116
III.2. Entes de carácter político que se asemejan a los Estados	116
III.3. Organizaciones internacionales y supranacionales de carácter público	119
III.4. Agencias de Estados y de organizaciones internacionales	123
IV. Entes sui-generis	124
IV.1. Orden de Malta	124
IV.2. La Santa Sede y el Vaticano	124
IV.3. Otras iglesias y sociedades civiles internacionales	126
IV.4. Gobiernos en el exilio	126
V. Tipos especiales de personalidad	126
V.1. Pueblos no autónomos (minorías étnicas y comunidades originarias)	127

V.2. Insurgencia, beligerancia y movimientos de liberación nacional	132
V.3. La Humanidad	137
VI. La subjetividad en las personas jurídicas de la globalización	138
VI.1. Organizaciones internacionales de carácter privado e interés público: las organizaciones no gubernamentales	138
VI.2. Las corporaciones transnacionales	141
VI.3. Los bloques regionales	144
VII. La persona humana	145
VII.1. Desarrollo de su subjetividad internacional	145
VII.2. Relaciones entre el Estado y el individuo: nacionalidad, protección, extradición y asilo	147
VIII. Conclusiones	152

Capítulo 5 Inmunidad de Jurisdicción del Estado 157

Sección Primera: Jurisdicción 159

I. Introducción a la jurisdicción y sus principios atributivos	159
II. La jurisdicción estatal	160
II.1. Igualdad jurídica, soberanía y no intervención	160
III. Los principios atributivos de jurisdicción	161
III.1. Principio de la territorialidad	161
III.2. Principio de la nacionalidad	163
III.3. Principio protectorio	163
III.4. Principio de la personalidad pasiva	164
III.5. Principio de la jurisdicción universal	165

Sección Segunda: Inmunidad 169

I. Introducción	169
II. Extensión de la inmunidad: actos de imperio y actos de gestión	170
III. La inmunidad frente a la violación de una norma de jus cogens	172
IV. La inmunidad de jurisdicción de los Estados en el ámbito de Naciones Unidas	173
V. Jurisprudencia Argentina relevante en relación con la inmunidad de jurisdicción	175
VI. Normativa Argentina específica	178
VII. Argentina frente a la inmunidad de ejecución	183
Anexo I: el caso ARA Fragata Libertad	185

Sección Tercera: Privilegios e Inmunidades Diplomáticas y Consulares 188

I. Introducción	188
II. Aspectos legales generales de las relaciones diplomáticas	188

II.1. Misión diplomática y funciones	189
II.2. Personal, pertenencias y facilidades de la misión	189
II.3. Jefe de misión	190
II.4. Inviolabilidad de la misión	191
III. Asilo Diplomático	191
IV. Inviolabilidad de los agentes diplomáticos	192
V. Inmunidades individuales	192
VI. Otro personal alcanzado por las inmunidades	193
VII. Inmunidad de jurisdicción por actos oficiales	194
VIII. Relaciones Consulares	194
Sección Cuarta: Privilegios e Inmunidades de Organizaciones Internacionales	197
I. Introducción	197
II. Instrumentos constitutivos y tratados especiales	197
III. Acuerdos de sede y el derecho doméstico	200
Capítulo 6 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados	203
I. Introducción y trabajos preparatorios	205
II. La Convención	207
II.1. Su importancia	208
II.2. Estructura	209
II.2.a. Tipos de Tratado	209
II.2.b. Forma de los Tratados	210
II.2.c. Manifestación del consentimiento	211
III. Las Reservas	213
III.1. Subsistemas y Aceptaciones Atípicas de una Reserva	213
IV. Entrada en vigor de un Tratado	214
V. Aplicación provisional	214
VI. La nulidad	215
VI.1. Vicios formales	215
VI.2. Vicios sustanciales	216
VI.3. Consecuencias	217
VII. Interpretación de los Tratados	217
VIII. Terminación de un Tratado	217
VIII.1. Circunstancias contempladas en la CVDT como causas de terminación	218
VIII.2. Circunstancias excluidas en la CVDT como causas de terminación	219

VIII.3. Circunstancias no contempladas en la CV como causas de terminación	219
IX. Consecuencias de la Terminación	220
X. Conclusiones	220

Capítulo 7 Responsabilidad Internacional de los Estados 223

I. Introducción	225
II. Condiciones del nacimiento de la responsabilidad	227
II.1. Ilícitud. Violación de una obligación internacional	228
II.2. Daño internacional y nexo causal	233
II.3. Carácter de víctima y responsabilidad internacional	234
II.4. Hecho generador	235
II.5. Atribuibilidad al Estado del acto internacionalmente ilícito	236
II.5.a. Actos de los Estados y sus agentes	236
II.5.b. Actos de personas privadas	239
II.5.c. Actos de insurrectos	240
III. Ausencia de ilicitud y consecuencias	241
III.1. Circunstancias que excluyen la ilicitud	241
III.2. Consecuencias	244
III.3. Responsabilidad por hechos lícitos	244
IV. Contenido de la responsabilidad	246
IV.1. Reparación del daño: modalidades	246

Capítulo 8 Solución pacífica de controversias 249

I. El recurso a la Paz y la solución pacífica de controversias	251
II. Las diferentes vías: relaciones directas	252
II.1. Negociación	252
II.2. La investigación	253
II.3. Los buenos oficios y la mediación	253
II.4. La conciliación	254
II.5. El recurso al arbitraje	255
II.6. El arreglo judicial	255
III. Caracteres comunes de la solución pacífica de controversias	256
IV. Naciones Unidas y las Operaciones de Mantenimiento de Paz	257
V. Análisis de situaciones	259
V.1. Los medios pacíficos de solución de diferencias: el conflicto	

del canal de Beagle entre Argentina y Chile 259

V.2. Controversias relativas a inversiones extranjeras: Argentina y el CIADI 260

V.3. Las operaciones de mantenimiento de la paz 263

Capítulo 9 Uso de la fuerza 265

I. El uso de la fuerza en el derecho internacional 267

II. De la soberanía ilimitada a la prohibición del uso de la fuerza 268

III. Las excepciones 268

III.1. Legítima defensa 268

III.2. Medidas de acción colectiva 271

III.3. Libre determinación de los pueblos 272

IV. Situaciones controvertidas 272

IV.1. La extensión del concepto de fuerza y la legítima defensa preventiva 272

IV.2. Amenaza o uso de armas nucleares 274

IV.3. Ciberataques 276

V. La libre determinación como excepción a la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza 277

V.1. La libre determinación de los pueblos y la cuestión Malvinas-Falkland 277

V.2. La libre determinación como base de la argumentación del Reino Unido 278

V.3. El principio de libre determinación no es aplicable a la cuestión de las Islas Malvinas – Falkland Islands 281

V.3.a. Aplicación jurisprudencial del principio 281

V.3.b. Las islas son un territorio no autónomo atípico 283

V.3.c. ¿Son los habitantes (Falkland islanders) un pueblo conforme el DI? 285

VI. Conclusiones 286

Capítulo 10 Derecho internacional humanitario y derecho internacional penal 289

Sección Primera: el derecho internacional humanitario 291

I. Introducción: el nacimiento del derecho internacional humanitario 291

II. Nuevos desarrollos desde la II Guerra Mundial 293

III. La regulación de los conflictos armados internacionales 293

IV. El derecho internacional humanitario 294

V. Ámbitos de aplicación del DIH 297

VI. Mecanismos de aplicación 299

Sección Segunda: el derecho internacional penal 300

- I. Antecedentes. Los Principios de Nüremberg 300
- II. Ámbitos de aplicación 306
- III. Mecanismos de aplicación 306
- IV. Elementos constitutivos de los crímenes internacionales 308
- V. El crimen de agresión 309
 - V.1. Evolución sociológico – normativa 309
- VI. El crimen de genocidio 311
 - VI.1. Evolución sociológica – normativa 311
 - VI.2. Elementos del delito de genocidio 313
- VII. Los crímenes contra la Humanidad 315
 - VII.1. Evolución sociológica – normativa 315
 - VII.2. Elementos de los crímenes contra la Humanidad 319
- VIII. Los crímenes de guerra 323
 - VIII.1. Evolución normativa y sociológica 323
 - VIII.2. Elementos de los crímenes de guerra 324

Capítulo 11 Derecho Internacional de los Derechos Humanos 327

- I. Concepto y Antecedentes 329

Sección Primera. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos 331

- I. Sistema de Tratados de Derechos Humanos 331
 - I.1. Enfoque de universalización 332
 - I. 2. Enfoque de especificación 334
 - I.3. Enfoque de criminalización 341
- II. Sistema de Órganos de Derechos Humanos 344
 - II.1. Órganos extra-convencionales 344
 - II.1.a. La Comisión de Derechos Humanos (Actual Consejo de Derechos Humanos) 344
 - II.1.b. El Consejo de Derechos Humanos 345
 - II.1.c. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos 346
 - II.2. Órganos Convencionales 347
- III. Sistema de Control Universal de Derechos Humanos 349
 - III.1. Mecanismos de control de fuente convencional 350
 - III.1.a. Procedimiento de informes de los Estados 350
 - III.1.b. Las observaciones generales 351
 - III.1.c. Procedimiento de demandas interestatales 352

III.1.d. Procedimiento de denuncias individuales	353
III.1.e. Procedimientos de investigación	354
III.2. Mecanismos de control de fuente extra-convencional	355
III.2.a. Examen periódico universal	355
III.2.b. Procedimiento de denuncia	356
III.2.c. Procedimientos especiales	357
Sección Segunda. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos	357
I. Introducción	357
II. Sistema de Tratados Interamericanos de Derechos Humanos	357
III. Sistema de Órganos Interamericanos de Derechos Humanos	361
III.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos	362
III.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos	364
III.3. Comités de Tratados	364
IV. Sistema de Control Interamericano de Derechos Humanos	365
IV.1. Mecanismos de control de los instrumentos generales de derechos humanos	365
IV.1.a. Procedimiento de reclamaciones individuales	366
IV.1.b. Procedimiento de reclamaciones interestatales	368
IV.1.c. Procedimiento de consulta	369
IV.2. Mecanismos de control de los instrumentos específicos de derechos humanos	369
IV.2.a. Procedimiento de reclamaciones individuales	369
IV.2.b. Procedimiento de reclamaciones interestatales	370
IV.2.c. Procedimiento de informes	371
Sección Tercera. Otros Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos	371
I. Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos	372
I.1. La Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa (COE)	372
I.1.a. Instrumentos de Derechos Humanos en el marco del COE	372
I.1.b. Órganos y mecanismos de control en el marco del COE	373
I.2. La Protección de los derechos humanos en la Unión Europea (UE)	377
I.2.a. La positivización de los derechos humanos en la UE	378
I.2.b. Los mecanismos de control en materia de derechos humanos en la UE	379
II. Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos	380
II.1. Instrumentos de Derechos Humanos en el marco de la UA	380
II.2. Órganos y mecanismos de control en el marco de la UA	382
Capítulo 11 Sección Cuarta. La situación actual de los derechos sociales en Europa	383

- I. Algunas premisas, casi innecesarias, sobre los derechos sociales y sobre Europa en el contexto actual 383
- II. Apuestas actuales del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales 386
 - II.1. Sobre el CEDH y la jurisprudencia social del TEDH 386
 - II.2. Sobre la CSE y la jurisprudencia del CEDS 390
- III. Desafíos actuales para la Unión Europea en el terreno de los derechos sociales: normativa y jurisprudencia del TJUE 396
- IV. Algunas claves para que las Europas sociales no caminen por separado en la actualidad, ni los Estados miembros derrapen por senderos asociales 402
- V. Breves reflexiones finales, casi políticamente incorrectas, sobre el modo de enfocar hoy los derechos sociales en Europa 409

Capítulo 12 Derecho del Mar y espacios comunes 413

- I. Introducción 415
- II. Historia del Derecho del Mar 416
 - II.1. La reacción de la Europa no cristiana -Mare Liberum vs Mare Clausum- 416
 - II.2.a. Proceso de Codificación del Derecho del Mar 417
 - II.2.b. I y II Conferencia de Derecho del Mar 418
 - II.2.c. III Conferencia de Derecho del Mar 418
 - II.2.d. Evolución posterior 419
- III. Delimitación de espacios marítimos 419
 - III.1. Líneas de base: concepto y clases 420
 - III.1.a. Origen jurisprudencial y regulación convencional 420
 - III.2. Derechos sobre el espejo y columna de agua 421
 - III.2.a. Aguas interiores. Concepto y delimitación. 422
 - III.2.b. Régimen del Río de La Plata 423
 - III.3. El mar territorial. Concepto, evolución y régimen jurídico 423
 - III.4. La Zona contigua 425
 - III.5. La Zona Económica Exclusiva 426
 - III.5.a. Concepto, extensión y antecedentes 426
 - III.5.b. Derechos del Estado ribereño 427
 - III.5.c. Intervención de terceros Estados. Captura máxima permisible 427
 - III.5.d. Especies altamente migratorias, transzonales y afines 428
 - III.6. El Alta Mar 429
 - III.6.a. Concepto y caracterización 429

III.6.b. Libertad de navegación y sobrevuelo. Jurisdicción en alta mar	430
III.6.c. Libertad de tender cables y tuberías submarinos	430
III.6.d. Libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones	431
III.6.e. Libertad de pesca	431
III.6.f. Libertad de investigación científica	432
III.7. La Plataforma Continental	432
III.7.a. Concepto y delimitación	432
III.7.b. Evolución Histórica	434
III.7.c. Determinación de la plataforma continental argentina	435
III.8. Fondos marinos y oceánicos. Antecedentes	435
III.8.a. Régimen de explotación	435
III.8.b. Acuerdo de 1994 relativo a la parte XI de la CNUDM	436
IV. Solución de Controversias en torno de la interpretación y aplicación de la CNUDM	
IV. 1. Principios rectores	438
IV.2. El Tribunal Internacional de Derecho del Mar	439
V. Situaciones especiales	440
V.1. Estrechos internacionales	440
V.2. Régimen de Islas	440
V.3. Aguas archipelágicas	441

Capítulo 13 Derecho Económico Internacional e Integración Regional 443

Sección Primera. Derecho Económico Internacional 445

I. Políticas económicas e Ideologías	445
II. Hacia un sistema de comercio internacional	447
III. El sistema de Bretton Woods	449
IV. El orden financiero y monetario internacional:	
Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial	452
V. La creación del GATT	454
VI. El nacimiento de la Organización Mundial del Comercio y décadas siguientes	456
VI.1. Solución de controversias en el sistema GATT	458
VI.2. Solución de Diferencias en la OMC: características generales	460
VI.2.a. Ámbitos de aplicación	461
VI.2.b. Consultas y Órgano de Solución de Diferencias	462
VI.2.c. Buenos Oficios, conciliación y mediación	463
VI.2.d. Grupos especiales o paneles. Procedimiento	463

- VI.2.f. Proyecto de informe y adopción 464
- VI.2.g. El órgano permanente de apelación -OPA- 465
- VI.2.h. Normas específicas para países en desarrollo 466
- VI.2.i. Finalización del procedimiento y supervisión del cumplimiento de las recomendaciones 466
- VI.3. Solución Arbitral 467

Sección Segunda. El Mercado Común del Sur 469

- I. Antecedentes 469
- II. Integración económica y América Latina 470
 - II.1. MERCOSUR. Uruguay: primer paso del camino 473
 - II.2. La integración con Brasil: marco institucional 473
 - II.3. El tratado de Asunción 475
 - II.4. Características principales del tratado 476
 - II.5. Estructura orgánica 477
 - II.5.a. Consejo del Mercado Común 478
 - II.5.b. Grupo Mercado Común 478
 - II.5.c. Comisión de Comercio del MERCOSUR 479
 - II.5.d. Parlamento del Mercosur 480
 - II.5.e. Foro Consultivo Económico y Social 481
 - II.5.f. Secretaría Administrativa del MERCOSUR 482
- III. Solución de controversias: Tribunales ad hoc y Tribunal Permanente de Revisión 482
 - III.1. El acceso del particular a la Justicia Comunitaria: conflictos entre particulares y un Estado parte 483
 - III.2. Las controversias entre particulares 485
- IV. Fuentes jurídicas del MERCOSUR 488

Sección Tercera. La integración en Europa 490

- I. Antecedentes históricos de la integración Europea 490
- II. Instituciones gubernamentales europeas 492
- III. Unión Europea: nacimiento y objetivos 493
 - III.1. Primeros pasos: de la CECA al Tratado de Roma 493
 - III.2. Etapas de la integración en la Unión Europea 495
 - III.3. Órganos comunes principales 497
 - III.3.a. El Consejo Europeo 497
 - III.3.b. El Consejo de Ministros 498
 - III.3.c. La Comisión 498

III.3.d. El Parlamento Europeo	499
III.3.d.1. Funciones legislativas	499
III.3.d.2. Funciones de control	500
III.3.d.3. Funciones decisorias	500
III.3.e. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea	500
III.3.f. El Tribunal General de la Unión Europea	502
III.3.g. El Tribunal de Cuentas	503
III.3.h. Banco Central Europeo	503
III.3.i. Comité Europeo de las Regiones	504
III.4. Las fuentes del Derecho Comunitario	504
III.4.a. Mecánica Legislativa	506

Capítulo 14 Medio Ambiente Internacional 509

Sección Primera: el derecho internacional ambiental

I. Introducción	511
II. Fuentes	512
II.1. Tratados	512
II.2. Costumbre	514
II.3. Principios del derecho internacional ambiental	515
II.4. Decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas	516
II.5. Soft Law	517
III. Surgimiento y evolución del derecho internacional ambiental	518

Sección Segunda. Principios ambientales y su incorporación en el derecho doméstico

I.1. El derecho a un ambiente sano	522
I.2. El deber de prevenir, reducir y controlar el daño ambiental	523
I.3. Debida diligencia	524
I.4. Precautorio	525
I.5. Evaluación previa del impacto ambiental	525
I.6. El deber de cooperación entre Estados en caso de riesgo ambiental transfronterizo y la responsabilidad sobreviniente	528
I.7. Contaminador – pagador	529
I.8. De la cuna a la tumba	530
I.9. Monitoreo constante de actividades que pueden afectar al ambiente y nivel adecuado de actuación	531
I.10. Desarrollo Sostenible	532

I.11. Responsabilidad intergeneracional 535

Sección Tercera. Problemas ambientales globales y respuesta normativa

I. Introducción 537

II. Recursos naturales y espacios comunes 538

II.1. Estatus legal de los recursos naturales y espacios comunes 538

II.2. Recursos naturales compartidos 539

II.3. Contaminación y calidad del aire 540

II.4. Contaminación y calidad de cursos de aguas internacionales 542

II.4.a. Contaminación y usos permitidos 544

II.4.b. Obligación de prevenir el daño a otros Estados 545

II.4.c. Obligación de cooperación ambiental transfronteriza 546

II.4.d. Obligación de intercambiar información 547

II.4.e. Derecho del mar y contaminación marina 548

II.4.f. Contaminación provocada por buques 551

II.4.g. Responsabilidad estatal por daños derivados de la contaminación marina 553

III. Antártida y medio ambiente 554

III.1. Antártida, soberanía y recursos 555

III.1.a. Medidas acordadas para la conservación de la Flora y la Fauna 555

III.1.b. Convención para la Conservación de las Focas Antárticas 556

III.1.c. Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos 556

III.1.d. Convención sobre la exploración y explotación de los recursos minerales 556

III.1.e. Protocolo de Madrid sobre Protección del Medio Ambiente Antártico 557

III.1.f. Reuniones Consultivas 558

IV. Residuos peligrosos 558

IV.1. Vertimientos 560

V. Energía nuclear 562

VI. Cambio Climático 563

VI.1. Problemática actual 563

VI.2. Normativa ambiental sobre cambio climático 564

Epílogo 570

Ejercitaciones 572

Problema 1- Sujetos y órganos del DIPu (Capítulos 1, 3 y 4) 572

Problema 2- ¿Cómo y cuánto obliga el DIPu? (Capítulos 2, 5 y 6) 573

Problema 3- Estados, responsabilidad y jurisdicción (Capítulos 5 y 7) 574

Problema 4- ¿Están los Estados obligados a tratar por igual a todas las personas? (Capítulos 10 y 12) 574

Problema 5- ¿Cómo y quiénes protegen al medio ambiente? (Capítulos 11 y 14) 576

Problema 6 - ¿Cómo y quiénes responden por los delitos internacionales? (Capítulo 10) 577

Problema 7- El MERCU: La conformación de un mercado común (Capítulo 13) 581

Bibliografía por capítulos 584

FOR AUTHOR USE ONLY

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO DEL SIGLO XXI

PRÓLOGO

Por Juan Antonio Travieso

Siempre hay un comienzo para todo.

Un prólogo generalmente es un umbral, una puerta de entrada, que nos conduce a un camino, y allí vemos la senda, la ventana intelectual a la siempre volveremos, cabalgando sobre estelas del mar. Una interpretación libre, muy libre de Antonio Machado, con la necesidad de abrir el camino de par en par, al vuelo de mariposas, sin cerrojos para el ejercicio de la libertad. Ese es el contenido de un prólogo que se halla al comienzo de una obra poderosa y brillante. Pero prometemos que tiene dos pasos, una al comienzo y otra al final .

La obra es poderosa porque confiere poder al que la lee. Una magia, la del conocimiento, la de la enseñanza y de la transmisión filantrópica que hace de cada uno de nosotros una luciérnaga de la luz, en la noche estelar. No es necesario frotar la lámpara porque el genio, o mejor los genios que escribieron e hicieron posible este emprendimiento, aparecen, en el marco de las puertas abiertas unos junto con otras haciéndose visibles y concretos, de carne y hueso.

La obra es también brillante, porque los yermos temas del derecho comienzan a tomar color y cuerpo, en un holograma que despunta la obra. Una magia que hace que un adjetivo se transforme en sustantivo y objeto concreto. Porque Brillante es un adjetivo que califica y que obliga a seguir brillando. Es el caso de este libro porque el brillo de los temas tratados no es fugaz, es continuo, es cósmico hasta el final de la obra.

El tema es que toda esta acción poderosa y brillante reflejada en la obra requiere de una mirada certera , casi magallánica que vislumbre que está circunnavegando la tierra, o mejor el espacio con visión de amaneceres y crepúsculos.

Esa es la acción del inspirador, del capitán de esta nave que es el libro, que en la noche de Praga, dialoga con Kafka Ante el Derecho, pero esta vez la puerta se abre y avanzan las mariposas y los genios convocados a nuestro encuentro .

Esa es la tarea del conductor de la obra, Favio Farinella, que convoca y supera todos los conjuros e instancias, en una lucha airosa y victoriosa a favor del objetivo de compartir todo, no solo el pan, sino algo más complejo y evangélico, que es el saber , el conocimiento y su transmisión.

Aquí termina el prólogo, pero los invito al epílogo, un final que es un nuevo principio luego de deshojar la obra como una flor, de leerla y saborearla.

Nos vemos al final del libro en el Epílogo, para la copa de despedida y nuevos encuentros.

Hasta Luego.

Palabras Previas y Agradecimientos

Varias ideas guían la realización de esta obra. Primero, contar con material de estudio sistematizado y actual para quienes deseen conocer los lineamientos básicos del derecho internacional y de la integración regional. Segundo, brindar la oportunidad para quienes se inician en la docencia e investigación, de participar en la edición de un texto que se espera trascienda sus estudios de grado. Tercero, reflexionar junto con los estudiantes de grado y posgrado sobre los grandes problemas presentes en este siglo, como el cambio climático, los nacionalismos y los migrantes por citar sólo algunos.

Cuando nos propusimos resumir los temas que durante más de dos décadas intentamos transmitir en distintas facultades y universidades de Argentina, tuvimos en claro que el Derecho Internacional no es hoy un elemento extraño en la vida del abogado litigante, como sí lo era a principios de 1990. Nuevos temas surgieron al final del siglo 20 y se consolidaron en las últimas décadas como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, penal, económico, ambiental, de la integración regional, de la mano todos ellos de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación. Estas circunstancias, sumadas a la evolución notable de la costumbre internacional respecto de las cuestiones citadas y la ratificación vigorosa de instrumentos internacionales por parte de Argentina, nos lleva a reflexionar respecto de la medida en que las diferencias que acostumbrábamos resaltar entre el DI y el derecho interno, continúen existiendo.

Una afirmación básica que solíamos realizar al principio de cada curso era que el DIPu constituía una isla en el aprendizaje del derecho, ya que prácticamente la totalidad del resto de la currícula enseñaba normativa doméstica. Esto comienza a cambiar radicalmente a partir de la última reforma constitucional Argentina, por la primacía otorgada al DI respecto de todo el derecho interno derivado y la conformación del bloque de constitucionalidad, y aún sin entrar en conflictos teóricos, debemos afirmar como lo hizo hace décadas Juan Antonio Travieso, que “el derecho vigente en Argentina es el derecho internacional de los derechos humanos”.

En toda interacción humana existe la posibilidad de vulneración de derechos humanos, con lo cual, hoy, lejos de constituir una isla, el DI ha desplegado sus normas por la casi totalidad de las materias que hacen a cualquier currícula actualizada de las ciencias jurídicas. Consideremos que la totalidad de las cuestiones que componen la actual parte especial de la materia, han dado lugar por sí mismas, a la creación de materias por propio derecho: los derechos humanos, el derecho humanitario, el penal internacional, el ambiental, el económico, la integración regional y las finanzas internacionales.

Por lo expuesto, la redacción del temario del presente trabajo, nos condujo previamente a realizar la modificación del Programa de Estudios de la materia, cuyos contenidos deben reflejar las necesidades del profesional del siglo XXI. Y es que las incumbencias del profesional del derecho, relaciones internacionales, periodismo, política internacional, comercio exterior o cualquier otro ámbito donde el derecho internacional sea requerido, suman al tradicional ejercicio liberal de la profesión, otras posibilidades sub-conocidas o directamente ignoradas hasta ahora. Entre éstas, destacan la investigación científica, la docencia, el trabajo en organismos regionales e internacionales, el activismo ambiental y de derechos humanos, la litigación estratégica y actuación en ONGs, la asesoría política y parlamentaria, e incluso para los de espíritu solitario, el trabajo auto-organizado y eventualmente a distancia mediante el uso de redes sociales de información, contenidos, entretenimiento, etc.

Con esto en mente, llevamos adelante un cambio de Programa que asume las realidades coyunturales en tiempo y espacio, sin perder de vista las líneas históricas sentadas por de Vitoria, Gentili, Grocio y otros, que marcaron el derrotero del derecho internacional desde sus comienzos. Así, el presente texto se divide en dos grandes secciones.

La primera, dedicada al DI clásico, contiene los temas estructurales, perennes, de las relaciones internacionales entre Estados. La cooperación y el conflicto son cuestiones transversales y atemporales de toda relación interestatal. Desde este prisma, analizamos las estructuras jurídico-políticas del sistema internacional contemporáneo, los sujetos y actores que lo conforman y la generación de las normas que los rigen. A estas cuestiones tradicionales, se suman el derecho de los tratados y la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, que incluye la cuestión de la inmunidad de jurisdicción estatal.

La segunda sección se corresponde con la época que nos toca vivir, las necesidades de la generación presente que, a la vocación por la profesión elegida, le suma la necesidad que ésta constituya se medio de vida. Aquí encontramos cuestiones vitales como la protección internacional de los derechos humanos, las necesidades del desarrollo sostenible, contemplando la protección del medio ambiente junto a las demandas de desarrollo de las naciones en contextos de integración regional y post-globalización económica. Vemos la solución pacífica de controversias y su defecto, la amenaza y el uso de la fuerza, constantes históricas del sistema internacional, el amparo de las víctimas de los conflictos armados y el castigo de los responsables de crímenes internacionales.

El DI es un derecho manuable, fáctico al descansar en gran parte en la costumbre, casi líquido por la

creciente importancia del *soft law*. Un derecho que “se adapta continuamente a las necesidades de un mundo cambiante”.¹ Lucha hoy entre la transmutación en los deseos de los Estados poderosos y la consolidación pétreo de valores de justicia universal que provean antídoto a los eternos poderes de hecho. Su exposición mediática continua a partir de desastres o escándalos se multiplica por la dimensión del planeta tierra, sus diferentes culturas y los sistemas de gobierno que adoptan los Estados soberanos. Este *kit* de negatividades finalmente se vuelve exponencial a partir del uso de las NTIC. Su doble debilidad (de ámbitos de aplicación superpuestos y de ausencia de monopolio de la fuerza) en comparación con los ordenamientos internos, pone en duda su legitimidad. Si reparamos en el reverso de la pregunta, ¿cuál es la alternativa jurídica a la desaparición del DI?, las respuestas son escasas.

No obstante que su misma existencia dependa de la voluntad política de entes soberanos, lentamente nociones como “los principios del Derecho de Gentes”, las “leyes de la humanidad”, y las “exigencias de la conciencia pública” (Cláusula Martens); o “los derechos fundamentales del hombre”, “la dignidad y el valor de la persona humana” (Carta de la ONU), se han abierto camino y consolidado a fin de trasvasar el escudo de la soberanía.

La lucha del débil contra el poder y la autoridad establecida que lo monopoliza juega un especial capítulo en el DI. Aquí los Estados aparecen en un pie de igualdad formal, y si nos preguntamos por quién desempeña el rol de David, ciertamente no será Estado alguno, sino la persona humana. Es ella quien enfrenta en diferentes contextos históricos, políticos, económicos y sociales, a ese Goliath que modela normas conforme intereses nacionales.

La transición del DI clásico al contemporáneo encuentra su punto de quiebre en el momento en que la persona humana deja de ser considerada un objeto del DI para pasar a ser vista como potencial sujeto. Este cambio de vientos traerá los primeros límites impuestos a la soberanía estatal. Se avanzará luego en la relativización de la inmunidad jurisdiccional; la afirmación de obligaciones erga omnes en cabeza de los Estados; las normas imperativas (*jus cogens*) como texto abierto que se amplía en forma lenta pero constante; la responsabilidad por crímenes internacionales; los sistemas jurisdiccionales obligatorios de protección de derechos humanos; y, en definitiva, la conformación de un sistema internacional de protección de la persona humana frente al accionar estatal. Este sistema embrionario se encuentra conformado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional penal y el derecho de los refugiados.

¹) Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales, *International Review of the Red Cross*, Selección de artículos, 2006, CICR, No. 861, p. 79.

Sólo por esto, la obra resulta esencial, porque intenta transmitir que la persona humana jamás, en ninguna circunstancia ni contexto, debe ser instrumentalizada. Ella es un fin en si misma y el derecho en cualquier instancia, ha sido creado para promoverla y protegerla.

Pero, además, existen otras razones que hacen interesante a los contenidos, aún con las limitaciones propias de la vida semestral:

- (i) brinda un contexto diferente del conocido a partir de los derechos estudiados previamente;
- (ii) permite conocer otras soluciones culturales y consecuentemente, normativas;
- (iii) lo dicho, lleva inevitablemente a preguntar por la validez de nuestras posiciones de cara a realidades opuestas;
- (iv) abre asimismo la perspectiva de la incumbencia profesional del graduado, al revelar un mundo diferente de instituciones internacionales y regionales, de la diplomacia, del asesoramiento profesional en la prevención de conflictos y económico empresarial internacional, y por qué no, del inicio de la carrera de investigador y becario en cuestiones de interés universal.

Esta obra que nace sin otra pretensión que la de ayudar a los estudiantes de grado y posgrado, es plenamente consciente que la época que transitamos es un tiempo de *papers*, de comunicaciones breves y puntuales, tendientes a conocer e informar cuestiones específicas, con una dinámica de pensamiento muy diferente a aquella en la cual el conocimiento quedaba cristalizado por décadas en forma de tratados.

Estas investigaciones *express* -lo cual no quita la profundidad de muchas- que inundan las redes de internet, suman a las noticias, declaraciones y hechos transmitidos en tiempo real. Todos ellos pelean por el interés del eventual lector. Esto significa sin más, que el mundo seguro del conocimiento frizado -y resumido en un libro- ha dejado de existir hace tiempo.

Por esto, alentamos a los estudiantes a relacionarse en forma directa con las NTIC. Y damos pasos concretos. Por ejemplo, en todo el manual, se encuentran una multiplicidad de hipervínculos que sirven para que cuando el lector esté conociendo determinado tema, pueda desde el mismo, entrar en la correspondiente página oficial de la institución, organismo o normativa referida. Esto, a fin de profundizar alguna arista o conocer la situación actual de la cuestión.

Finalmente, como la acumulación de conocimientos no constituye un valor en si misma, en un tiempo en que un pendrive o una memoria contiene mayor información que la acumulada en la vida de una persona instruida, intentamos superar la mera transmisión de conocimientos, sumándole el

arte de la argumentación. A este fin, dotamos a cada capítulo de un caso a resolver en el cual el lector debe utilizar sus conocimientos y capacidad analítica para enlazar hechos, normas y su pensamiento abstracto, a fin de argumentar conforme lo solicita cada caso.

Ya. Gracias a todos los alumnos que han pasado por diferentes facultades. De sus fortalezas y debilidades hemos aprendido. También a quienes forman parte de los grupos de investigación, el Observatorio de Políticas Ambientales Municipales y Tercera Generación de Derechos, por su interés y motivación constante. A los miembros y coordinadores del grupo de Competencias de la Facultad de Derecho, que crecen diariamente a partir del esfuerzo personal y el aprendizaje del trabajo en grupo. En especial, agradecemos a Romina Manzo, María Manuela Onofri, Valeria Barboza, Ramiro Rodríguez, Rodrigo Rosales Cuello; y a los profesores, colegas y amigos Nicolás Medel, Gabriel Raba, Horacio Cartolano, Francisco Bariffi, Ana Villanueva y Florencia Armándola, quienes de una u otra manera, han contribuido en esta obra.

A la profesora Emérita de la Universidad Aristóteles de Tesalónica, doctora Kalliopi Koufa, quien nos alentó desde un primer momento a la realización de este libro, y a Marilena Papadakis, coautora del mismo. A la Fundación Koufa para la Promoción del Derecho Internacional y los Derechos Humanos por su incesante labor en estas áreas. Un especial agradecimiento al Profesor Doctor Luis Jimena Quesada en quien encontramos a un amigo a partir de los comunes intereses que provee creer en la idea de humanidad como valor central. Y como en libros anteriores, el reconocimiento al maestro Profesor Dr. Juan Antonio Travieso, por sus palabras, por sus acciones.

Como siempre, este libro es un producto de la universidad pública argentina, que permite todos los días la realización del milagro moderno de la movilidad social.

Favio Farinella
Praga, Julio de 2019

FOR AUTHOR USE ONLY

ORÍGENES Y CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

“En el derecho internacional no existen buenos y malos, son todos iguales y por ende deben existir ciertos derechos de aplicación universal”, **Hugo Grocio.**

Alberico Gentili

fue profesor de Derecho Civil en Oxford donde finalmente residió tras escapar con su familia de la persecución de la Inquisición. Fue el primer profesor no inglés en ocupar tal cargo. Fue también el primer escritor de derecho internacional público y la primera persona en dividir el secularismo del derecho canónico y de la teología católica. Su tratado *Sobre leyes de la guerra y de la paz* (1589), con todas sus tesis, es considerado como la obra más completa sobre el derecho natural y las normas internacionales de su época.

Grocio publicó *Mare liberum en 1609*, obra en la que defendía el principio de la libertad de los mares frente a españoles, portugueses e ingleses. Su obra más famosa, *De iure belli ac pacis (Del derecho de la guerra y de la paz, 1625)*, es un alegato contra la esclavitud y un intento de prevenir y reglamentar las guerras, y constituyó uno de los primeros códigos de derecho internacional público.

Siguiendo el argumento de Gentili, Grocio afirma que la guerra entre naciones civilizadas se hace esencialmente en vista de la paz, y en orden a ese fin ha de tener sus normas, ya que debe ser llevada y terminada de modo que no queden rasgos indelebles de odio.

Gentili, junto con Grocio y Francisco de Vitoria son considerados los padres del derecho internacional por haber escrito sobre valores, principios y normas que trascendían los derechos de cada Estado.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Orígenes y consolidación del derecho internacional público

Marilena PAPADAKIS² y Favio FARINELLA

I. Introducción

El derecho vigente en la República Argentina es el Derecho Internacional Público (DIPu de aquí en más).³ Esto es así porque el DIPu como conjunto de normas que gobiernan las relaciones entre Estados ha sufrido un cambio copernicano en la última parte del siglo 20, que provoca que la totalidad de las relaciones jurídicas internas en Argentina se vea afectado, transformado y enriquecido por normas internacionales. La Constitución argentina recibe al DIPu en su territorio con un carácter preferencial respecto del orden jurídico interno, al permitirle formar parte del bloque de constitucionalidad y considerarlo derecho supralegal en relación con el derecho doméstico derivado.

El DIPu está presente en cada acto y omisión de nuestras vidas, ya sea a través de su recepción por el derecho interno con el propósito de internalizarlo, complementarlo o instrumentarlo, o a causa de la concienciación generada por nuevos paradigmas como los derechos humanos, la protección ambiental o las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC en adelante).

El DI ha dejado de ser un título de la sección de política internacional para constituirse en la razón

² Este primer capítulo toma elementos básicos de la Tesis Doctoral de Marilena Papadakis, "Nicolas Politis (1872-1942): La science au service de la construction d'une société internationale entre ordre et liberté", École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS-Paris), Doctorat Discipline: Histoire et civilisations (Alexandre Onassis Foundation scholarship), Paris, Francia (2016). En especial se han traducido pasajes contenidos en los capítulos III, V, VI, VII, IX, X y XI. Los mismos han sido traducidos del original en francés al español. El resto de los temas ha sido desarrollado por Favio Farinella.

³ Juan Antonio Travieso comienza una de sus obras con esta afirmación categórica: "El derecho vigente en Argentina es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Travieso, Juan A., Derechos Humanos y Jurisprudencia, Eudeba, 1a. edición, 1998, Buenos Aires, Argentina, p. 31. De aquí tomamos la idea.

de los reclamos de todo grupo victimizado y/o vulnerable de las más diversas sociedades del planeta. Por citar sólo dos ejemplos, los refugiados y migrantes de Lampedusa (Italia) en el mundo desarrollado, o las mujeres esclavizadas por el Estado Islámico en el subsuelo del mundo no desarrollado y la suerte de sus hijos, encuentran respuesta formal en normas del DIPu. Y si las respuestas formales no tienen un correlato material, es nuevamente el DIPu el requerido para aportar soluciones.

De igual manera, las problemáticas diarias de cualquier país Latinoamericano: crisis económicas, pobreza, desempleo, derechos de niños, los colectivos LGBT, y demás temas actuales, son captados por normas internacionales. La mayoría de las veces, esto sucede antes que en los derechos internos de los Estados, que sólo cuando la norma internacional existe, se obligan a volverla directamente aplicable e invocable respecto de su población. Y si se olvidan, será también el DIPu quien prevé una solución a partir de la responsabilidad estatal por omisión, que recuerda a los Estados que su soberanía se halla limitada por el orden público internacional, que en nuestra materia recibe el nombre de *jus cogens*.

El DIPu vivió desde su nacimiento preocupándose por cómo lograr la paz, mientras los Estados luchaban sus guerras, o bien por cómo posicionarse mejor para la guerra, cuando las sociedades transitaban períodos de paz. La fuerza y su uso tímidamente limitado era la expresión más potente de la soberanía estatal, entendida como poder exclusivo y supremo hacia el interior del territorio y como igualdad de derechos frente a los demás Estados, en la mirada exterior.

Las últimas décadas del siglo 20 vienen a sacar de esta rutina monótona de normas hechas a medida de los intereses estatales y sus conveniencias de guerra y paz. Si bien la tendencia se esboza luego de la I guerra mundial y surge luego de la II guerra mundial, es en las dos últimas décadas del siglo 20 donde irrumpen con asombrosa fuerza la totalidad de los temas mencionados y varios nuevos.

El DIPu no es sino el resultado de la combinación de pueblos, gobiernos y Estados básicamente diferentes y contradictorios. En este contexto, jamás el resultado será mejor que la sumatoria de las partes que lo generan. Ejemplos.

Corre el año 2020. De los 193 Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, más de 70 castigan la homosexualidad como un delito penal, en 8 de ellos, la sanción es la muerte.⁴ En más de 30 Estados, sus normas penales contienen la pena de muerte para diversas conductas, algunas vergonzantes para una sociedad civilizada, como el adulterio de la mujer o la renuncia a la propia

⁴) Ver Agencia EFE, <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/ser-homosexual-es-delito-en-72-paises-y-8-se-castiga-con-pena-de-muerte/10004-3300997> (julio 2019).

religión.⁵ La democracia y el respeto de los derechos civiles y políticos básicos no se conocen ni siquiera en su versión formal en más de 70 Estados⁶. Podríamos continuar con imágenes que nos recuerdan tiempos históricos que creíamos superados, pero sólo queremos demostrar que todos estos Estados y sus normas forman parte de la sociedad que luego a través de la convención y la costumbre, dan vida al DI general.

Si el acento se sitúa en las diferencias tanto innatas como culturales de los distintos pueblos, el resultado será el conflicto. Si en cambio, se repara en los intereses y caracteres comunes del género humano, la cooperación tal vez dé frutos. Esta es la historia del DIPu. La búsqueda de intereses comunes ha generado sus aspectos positivos y de los cuales puede enorgullecerse, el énfasis de las diferencias entre “nosotros y ellos” ha generado los capítulos más oscuros de la historia universal, que incluso han llegado a positivizarse, como las leyes raciales de Nuremberg o el sistema del Apartheid, simples vergüenzas del ingenio legal humano.

Pero ahora son los tiempos del DIPu del siglo XXI. Bienvenidos a él.

II. Perspectiva histórica

El derecho internacional o derecho entre naciones (DI en más), nace como disciplina distinta y autónoma del resto del mundo jurídico con la aparición del Estado liberal moderno, o Estado-nación durante los siglos 16 y 17. Si bien algunas reglas de convivencia entre pueblos se remontan a la historia antigua, como el envío de emisarios diplomáticos, ciertas reglas de la guerra o la celebración de tratados de paz, no es sino en la modernidad cuando las reglas que gobiernan la interacción entre Estados soberanos pueden analizarse como un cuerpo de normas autónomo. Varias de estas reglas del DI que llamamos clásico derivaron del derecho romano y canónico, y su fundamento es, en definitiva, el derecho natural y la creencia en ciertos principios de justicia universal.

Hugo Grocio, jurista y diplomático holandés, es considerado uno de los padres del DI clásico. Su obra más conocida, *De jure Belli ac Pacis* (1625) es uno de los primeros intentos por sistematizar las normas relativas a la guerra y la paz entre Estados. Otro de sus trabajos relevantes es *Mare Liberum* (1609) en el cual aboga por la libertad de los mares y la necesidad de su aceptación como uno de los principios del reciente derecho internacional. La obra de Grocio debe mucho al trabajo

⁵) Datos extraídos de Amnesty internacional, disponible en <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/04/death-penalty-facts-and-figures-2018/> (diciembre 2018).

⁶) Datos extraídos del Democracy Index elaborado anualmente por la Economist Intelligence Unit (EIU) departamento de negocios Británico que forma parte del Economist Group y provee consultoría e información a organizaciones y Estados través de la investigación y análisis. Disponible en <http://www.eiu.com/home.aspx> (septiembre 2019).

de varios antecesores, entre ellos Gentili y de Vitoria. Alberico Gentili escribió *De Jure Belli* (1589), trabajo en el cual sistematizó las normas existentes hasta ese momento relativas al uso de la fuerza como derecho del soberano, tanto las de carácter convencional como las derivadas de la costumbre. Por su parte Francisco de Vitoria, fraile dominico que enseñó en Salamanca, fue de los primeros en afirmar el carácter y la necesidad de aplicación universal del DI a partir de la conformación de una comunidad de pueblos fundada en el derecho natural.

Escritores posteriores discutieron respecto de la verdadera naturaleza del DI: ¿es el DI un conjunto de valores y principios válidos para todo tiempo y lugar que provienen del derecho natural o bien consiste sólo en normas convencionales y consuetudinarias creadas en interés y beneficio de los Estados? Mientras Pufendorf y Vattel sostenían las tesis referidas a que el derecho natural es la verdadera fuente del DI, algunos juristas ingleses ya en el siglo 16 -entre ellos Richard Zouch- afirmaban lo contrario: el DI era sólo un producto de acuerdos o costumbres básicamente mutables, convirtiéndose así en los primeros positivistas.

Ambas escuelas de pensamiento fundaban sus ideas en los escritos de Grocio, en tanto las teorías del jurista holandés se basan en el derecho natural y en la práctica desarrollada por los Estados. El jusnaturalismo y el positivismo compitieron por dominar el discurso filosófico del DI hasta las primeras décadas del siglo XX. En ese momento, el positivismo aparece como favorito, entendiéndose al DI como el conjunto de normas que gobernaban las relaciones entre Estados, las cuales dependían del consentimiento soberano de todos los Estados que conformaban el sistema internacional. Esta idea *realista* va matizándose durante el siglo XX, en especial como consecuencia de las guerras mundiales y el surgimiento de los primeros grandes paradigmas seculares, todo lo cual irá erosionando la noción de soberanía al limitar la voluntad de los Estados. Los paradigmas de los derechos humanos, la protección ambiental o la justicia penal internacional descansan ciertamente en valores y principios válidos en todo tiempo y lugar y en su esencia, derivan del derecho natural y hoy limitan la soberanía estatal.

Ciertos hitos históricos acostumbra a citarse a modo de referencia de los avances jurídicos ocurridos en el sistema internacional.⁷

En primer lugar, con la Paz de Westfalia concluye la Guerra de los Treinta Años (1618-1648), y se establece un sistema basado en tratados de paz y cooperación en Europa, que estuvo vigente más de un siglo. Uno de sus grandes aportes fue la posibilidad de coexistencia pacífica entre católicos y

⁷ Ver la ilustrativa síntesis de los hitos en Buis, Emiliano, *La súplica de Eris, derecho internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la antigua Grecia*, Eudeba, Buenos Aires, 2015, ps. 43-45.

protestantes en ciertas regiones de Europa. A partir de Westfalia, católicos y protestantes se tolerarán: no habrá todavía convivencia, pero al menos la religión profesada no constituirá una sentencia de muerte. Será éste el embrión de la futura libertad religiosa en Europa. Otro aporte de los dos Tratados básicos que componen la paz de Westfalia fue el sentar las bases de los congresos y reuniones diplomáticas entre múltiples Estados. De igual manera, Westfalia afirmó en sus acuerdos el principio romano de *pacta sunt servanda*, estableciendo en consecuencia, mecanismos para el arreglo de controversias que pudieran nacer del incumplimiento de los tratados.

En segundo lugar, el Acta Final del Congreso de Viena (1815) termina formalmente con las guerras napoleónicas y delinea un sistema de cooperación política y económica en Europa. Los aspectos básicos del Acta subsistirán hasta el final de la I guerra mundial. Por esto, se ha afirmado que el siglo 20 comienza a partir del Tratado de Versailles. El Congreso de Viena adoptó el primer sistema de reglas que gobernó los aspectos de las relaciones diplomáticas, condenó por vez primera el tráfico de esclavos y estableció el principio de la libertad de navegación de los ríos internacionales que atraviesan Europa. Anexo al Acta Final, se encuentran diversos tratados bilaterales y multilaterales que junto con los tratados de Westfalia, proveyeron al continente europeo de un cuerpo de normas de derecho internacional de fuente convencional, contribuyendo así a su desarrollo.

En tercer lugar, la Liga o Pacto de la Sociedad de Naciones (SDN en adelante) entra en vigor en 1920, siendo parte integral de los Tratados de Versailles que concluyen la I guerra mundial. Aún cuando la SDN fracasó en impedir una nueva guerra mundial, es necesario recordar que esta organización constituyó el primer gran esfuerzo histórico dirigido a crear un sistema institucional permanente para la resolución de las controversias entre Estados y la preservación de la paz. La SDN establece la primera Corte Permanente de Justicia Internacional de la historia, abierta a todos los Estados del mundo. La organización institucional creada por la SDN con el fin de proteger los derechos de las minorías en Europa del este y sudeste y la supervisión de los territorios no autónomos (el llamado sistema de mandatos) serán los primeros grandes antecedentes de la protección internacional de los derechos humanos. Además la Sociedad contribuyó por varias otras vías a la codificación y el desarrollo del DI.

En cuarto y último lugar, las Naciones Unidas que se estudian en profundidad en el capítulo 3 de este Manual, constituyen el mayor avance logrado en la historia de la Humanidad para limitar el uso de la fuerza interestatal y proveer un sistema de solución pacífica de controversias basada en la igualdad de derechos de los Estados y limitado por el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

III. Las grandes cuestiones del siglo XX

Los desarrollos ocurridos desde fines del siglo 19 e impulsados dramáticamente por dos hitos del siglo 20 – la segunda posguerra y el final de la guerra fría- conmueven finalmente las bases clásicas de la organización jurídica internacional. El DI se complementa con contenidos relativos a la persona humana, y los expresa a través de tres subsistemas: el derecho internacional humanitario (DIH); el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH); y el derecho internacional penal (DIPenal). Aún con sus particularidades, todos ellos comparten dos tendencias. Por un lado, suman al reconocimiento subjetivo de la persona como sujeto de derecho internacional. Por otro, restan a la soberanía como principio fundante de las relaciones internacionales. Es durante el siglo 20 cuando ocurren las transformaciones que hoy apreciamos como paradigmas. Las cuestiones de (i) la guerra y la paz; (ii) las instituciones internacionales; (iii) la ampliación de la subjetividad internacional; y (iv) la consolidación de las teorías de los derechos humanos y la protección ambiental, surgen o son reinterpretadas con referencia a la soberanía estatal.

III.1. Las cuestiones de la guerra y de la paz

III.1.a. Uso de la Fuerza: el Derecho a la guerra y el derecho en la guerra. A finales del siglo 19, la guerra era una realidad existente en la vida de las naciones, mientras que la paz era sólo un ideal que formaba parte de utopías promovidas por diversas asociaciones pacifistas de la época. En este contexto, el derecho a hacer la guerra (*jus ad bellum*) fue un derecho soberano reconocido a los Estados.

La libertad de los Estados para hacer la guerra (*liberum jus ad bellum*), que alcanzó su punto máximo en el siglo XIX, fue la culminación de una larga decadencia de la doctrina de la guerra justa. Los orígenes de esta doctrina se remontan al derecho romano y a la teología moral. Postula que no es lícito hacer la guerra por cualquier causa. Así, existían causas justas que conducían a guerras legales y causas injustas que conducían a guerras ilegales; la guerra no estaba justificada sólo como sanción por un mal sufrido (*guerra-sanción*).

La doctrina de la guerra justa declina con la creación y consolidación del Estado-nación soberano. La guerra-sanción dio paso a la guerra-política, cuya causa estaba fuera de la justicia y puede ser incluso de todo tipo. La libertad de hacer la guerra, fuertemente influenciada en ese momento por el hegelianismo, estaba entonces estrechamente vinculada a la noción de soberanía (...). Durante el siglo XIX, los argumentos que los Estados (y los internacionalistas) han esbozado para apoyar el derecho a hacer la guerra han variado: auto-preservación, necesidad, legítima defensa, protección de intereses vitales, intervención, etc. El derecho, durante un largo período de tiempo, no se ocupó de

la legalidad de la guerra, y se abocó hacia las modalidades de guerra (*justus modus*), es decir, la indicación de las reglas sobre la manera de hacer la guerra (*jus in bello*). La idea de reglamentar las condiciones del ejercicio de la guerra tuvo sus orígenes en el esfuerzo de los teólogos de la Edad Media para distinguir entre las guerras justas y las que deberían prohibirse.

Con respecto a la práctica de los conflictos bélicos, ha existido durante mucho tiempo el derecho de la guerra, en gran parte constituida sobre una base consuetudinaria. Desde la segunda mitad del siglo XIX, se ha manifestado un movimiento particularmente precoz de codificación y desarrollo de las normas relativas al derecho de la guerra. Este movimiento fue dictado sin dudas sobre la necesidad de regular los nuevos aspectos de la fuerza armada, debido a la evolución de las técnicas militares y la creciente participación de las poblaciones civiles en las hostilidades. La codificación del derecho de guerra estaba orientada en ese momento, principalmente en dos direcciones: (i) una, concerniente a la reglamentación propiamente militar de las prácticas de la guerra; (ii) la otra, dirigida a su humanización, relativa a la protección de ciertos combatientes y población civil.

En este movimiento de codificación, las dos Conferencias de La Haya de 1899 y 1907 fueron un paso importante, ya que llevaron a la adopción de varias Convenciones sobre el derecho de la guerra en tierra y en el mar. La primera conferencia (1899) llevó a la conclusión de dos convenios y tres declaraciones, reemplazados, pero no derogados por nuevos textos en 1907. La Segunda Conferencia (1907), de la cual, participó un número mucho más considerable de Estados, desarrolló este trabajo de codificación.

La necesidad de crear manuales y compilaciones llevaron al origen de la publicación del Manual de la Cruz Roja, en colaboración con Paul Fauchille. Producto de las guerras del siglo XIX (guerra de Crimea, guerra Civil de Estados Unidos), el movimiento para humanizar la guerra, seguido por la génesis de la Cruz Roja y las Sociedades de la Cruz Roja, fue descrito por Nicholas Onuf como una combinación del movimiento romántico y el utilitarismo, de los movimientos religiosos y seculares y el Darwinismo social que encontró expresión en el progresismo de fines del siglo XIX.

La organización de la paz se convirtió por primera vez en una realidad tratada en la obra diplomática y política durante el siglo XX. Sin embargo, ya en el cambio de siglo, se observaron los primeros pasos tímidos hacia una evolución del derecho internacional clásico, que solía ser una ley "privada", reguladora de la coordinación entre sujetos independientes, los estados soberanos, hacia un nuevo derecho internacional, que incorpora una dimensión «comunitaria», en el sentido de un derecho que expresa intereses colectivos de los Estados. Estos primeros esfuerzos de la doctrina son parte de la reacción contra el positivismo jurídico.

III.1.b. El camino hacia la paz: solución pacífica de controversias. La solución pacífica de controversias se divide en dos grandes categorías. Existen procedimientos diplomáticos y procedimientos jurisdiccionales. Los procedimientos diplomáticos dejan a las partes, en principio, la libertad de aceptar o rechazar la solución propuesta por un tercero. Entre los modos diplomáticos nos encontramos con la negociación, los buenos oficios y la mediación (que difieren entre sí de la negociación por la intervención de un tercero en el intento de resolver la disputa), la investigación y la conciliación. El objeto de la investigación es, en principio, sólo establecer los hechos. La conciliación tiene un propósito más amplio. Dirige a las partes hacia una solución, aunque sin embargo, ésta no es vinculante para ellos.

Los métodos jurisdiccionales de resolución incluyen el arbitraje y el recurso a la jurisdicción internacional propiamente dicha. A diferencia de los procedimientos diplomáticos, los jurisdiccionales obligan a las partes en la controversia a aceptar, con autoridad de cosa juzgada, la solución desarrollada por el juez o el árbitro. Sin embargo, son dependientes de la voluntad de las partes, como los procedimientos diplomáticos. Varios intentos para introducir el recurso estatal obligatorio al juez o al árbitro fallaron durante el siglo XX. El consentimiento del Estado soberano siempre se requiere, entre otras cosas, ya sea directamente antes de la solución de una disputa en particular, o de antemano para una cláusula general del instrumento convencional que determinará la naturaleza y la extensión de las controversias en cuestión.

Existen tres órganos susceptibles de tomar decisiones obligatorias que hicieron su aparición a finales del siglo XIX y durante el período de entreguerras: la Corte Permanente de Arbitraje, los tribunales arbitrales ad hoc, y la primera jurisdicción permanente creada después de la I guerra, el corte permanente de Justicia Internacional.

La búsqueda de la paz a través de la ley que se desarrolló desde el último tercio del siglo XIX está estrechamente vinculada a la sistematización y desarrollo de los procedimientos de resolución diplomática y la construcción de procedimientos judiciales. Este esfuerzo consistió, por un lado, en la sustitución del arbitraje político por el arbitraje jurídico técnico, y por otra parte, a la institucionalización de la jurisdicción internacional, complementado por la formalización de los diferentes modos de regulación.

Nacido en 1887, el movimiento de "paz a través de la ley" ha pasado por más de medio siglo de la historia para desvanecerse lentamente en los albores de la II Guerra Mundial. Formado en la Iglesia Reformada, gradualmente mostró poca preocupación por peleas teológicas, adoptando una visión no sectaria/confesional, mientras rechazaban las ideas del pacifismo absoluto. El movimiento se dirigía

a hombres de todos los ámbitos de la vida, religiosos o pensadores libres. Fue animado también por Jules Simon y su sociedad para el incentivo al bien y Frédéric Passy, fundador en 1867 de la Sociedad Francesa de Arbitraje entre Naciones. En 1895, el movimiento tomó su nombre final de "Asociación la Paz por la Ley". El mismo título fue dado a la revista del movimiento desde 1893.

La legitimación de una organización internacional basada en la ley y proclamada por diversas sociedades civiles para la paz se manifestó especialmente en los sectores del arbitraje, la humanización de la guerra y el control de armamentos. En Francia, en el momento de la Convención de las dos Conferencias de La Haya, en todas partes, innumerables sociedades trabajaron para popularizar las ideas de paz y justicia internacional. Desde 1889 se celebró cada año en una ciudad diferente, un congreso universal de la paz. La cooperación de las distintas sociedades civiles fue facilitada por la Oficina Internacional Permanente para la Paz, establecida a fines de 1891. Tenía su sede en Berna y una sucursal en Washington. Publicó desde 1896, bajo el título Correspondencia bimensual, una hoja informativa detallando los avances ocurridos. Comentó también el trabajo de la Conferencia para la Paz de La Haya, reconociendo la importancia de los acuerdos celebrados, instó a las sociedades pacíficas a difundir el conocimiento entre las masas, recomendando que los gobiernos faciliten la adhesión de todos los Estados a la Convención para la Solución de Controversias en el Pacífico y subrayando la necesidad de concluir los tratados de arbitraje vinculante. Una campaña similar fue emprendida por la Conferencia Interparlamentaria para el Arbitraje y la Paz. Fundada en 1889 por Diputados y senadores de varios países, se reunía cada año en una ciudad diferente. En 1892, se creó un órgano administrativo y ejecutivo: la Oficina Interparlamentaria de Berna, que sirvió de intermediario entre sus diferentes grupos y entre sus miembros y los parlamentos.

A finales del siglo XIX, las corrientes ideológicas de los pacifistas fueron retroalimentadas con el esfuerzo de los internacionalistas franceses por establecer la cientificidad del derecho del pueblo, difundir la cultura legal en las relaciones internacionales y promover el derecho internacional como un medio de regulación de las relaciones interestatales. No es fácil concretar la interferencia de estas dos corrientes, las influencias recíprocas, los puntos en común o los puntos que las distinguen, cuando en cierto momento el uso del lenguaje legal se ha convertido en un punto en común entre los pacifistas y los internacionalistas. Incluso si los internacionalistas pudieran tener una actitud más o menos pacifista, los ardientes pacifistas persiguieron su objetivo por medio de enfoques más directos, buscando a toda costa cambiar las mentalidades y actitudes.

Los juristas internacionalistas, considerando la guerra como una institución "que

desafortunadamente no está a punto de desaparecer", creyeron que el fenómeno del uso de la violencia en las relaciones interestatales debería replantearse y proponer soluciones y teorías legales para evitar el uso innecesario de la fuerza. En cualquier caso, esta interferencia y las influencias recíprocas que han sido recientemente objeto de una enmienda en el Manual de Oxford de la Historia del Derecho Internacional, contribuyeron en algún momento a la expansión de la idea que la experiencia científica de los juristas internacionalistas podría ser una herramienta eficaz para la pacificación del mundo.

Esta opinión se vio reforzada por el hecho de que las cuestiones diplomáticas en un punto se hicieron mucho más complicadas. A finales de siglo, la idea de que los internacionalistas eran los únicos capaces de resolver las cuestiones más conflictivas de la política internacional a gran escala estaba generalizada entre las sociedades científicas de DI. Bajo el lema Justicia y Paz, una comunidad erudita que se proclamó conciencia legal del mundo civilizado, independientemente de las afiliaciones nacionales, comenzó a constituirse bajo el nombre de Instituto de Derecho Internacional (IDI en más).

En el contexto de la consolidación de la solución pacífica de controversias como principio del DI, destacan las Conferencias de La Haya, convocadas por el zar Nicolás de Rusia para limitar la carrera de armamentos en la que Rusia, que enfrentaba muchas dificultades internas, ya no podía competir. Con una gran deuda militar y falta de dinero para organizar sus posesiones asiáticas, Rusia quiso reducir sus gastos militares para poder realizar un trabajo importante dirigido a aumentar su poder. La Conferencia de La Haya de 1899 adoptó textos relacionados con el arreglo pacífico de controversias (Convención I) y algunos textos sobre el derecho de guerra (Convenciones II-IV). La Conferencia de la Haya de 1907, después de la guerra ruso-japonesa, revisó y continuó el esfuerzo realizado en 1899. Según Kolb, "Las Convenciones de La Haya marcan un primer paso en la represión del derecho subjetivo de la guerra, un paso tímido pero determinante para el desarrollo del derecho de limitación de la fuerza".⁸

Hasta ese momento, la historia había conocido dos grupos de conferencias internacionales: unos después de la guerra, para la organización de la paz; los otros, después de la paz, para la organización de la guerra. La ley de las naciones penetró estos grandes congresos sólo como un complemento de la diplomacia oficial.

En las Conferencias de La Haya, por primera vez, el esfuerzo de codificación no consistió en

⁸) Kolb, Robert, *jus contra bellum, Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, (collection de droit international public), 2009, p. 33.

capítulos aislados del DI, sino que intentó abarcar la vida de los pueblos: guerra y paz. De hecho, si la primera Conferencia de La Haya había sido sólo una Conferencia de Paz, incluía en su marco el esfuerzo de la civilización por detener la guerra. Además, las Conferencias de La Haya han otorgado a los derechos de las personas un lugar primordial y, por lo tanto, los juristas las consideran como "el foco intenso de la actividad legal mundial".

Debe agregarse que era la primera vez que se abría una conferencia internacional entre Estados grandes y pequeños de casi todos los continentes y no tenía un carácter exclusivamente diplomático. La asistencia a la Segunda Conferencia aumentó de veintisiete en 1899 a cuarenta y cuatro Estados en 1907. Amigos de la Paz dio a los participantes el nombre halagador del "Parlamento de la Humanidad". Después de la primera Conferencia, los pacifistas, observando que en el trabajo realizado el esfuerzo principal se debió a los científicos, exigieron que en el futuro las delegaciones incluyeran menos diplomáticos. Este deseo fue en parte obedecido.

Los juristas y varios miembros del Instituto de Derecho Internacional siguieron el trabajo de la Conferencia con el lema de "Civilizar la guerra y prepararse para la paz". Cabe señalar que varios miembros del IDI eran grandes científicos y juristas ilustres, pero también tenían posiciones que les permitían influir en los poderes internacionales. El IDI así, pudo llegar a los gobiernos más fácilmente.

La Conferencia se dividió en tres Comisiones, presididas respectivamente por A. Beernaert, primer delegado de Bélgica (1er Comité, limitación de armas y preguntas relacionadas), F. de Martens, segundo delegado de Rusia (2º Comité, leyes de guerra) y Léon Bourgeois, primer delegado de Francia (3ª Comisión, solución pacífica de conflictos internacionales). En el área de la codificación de las leyes de guerra, la Conferencia ha dado lugar a muchos textos de gran importancia práctica, especialmente una convención sobre las leyes y costumbres de la guerra en tierra y una convención para la adaptación al Guerra Marítima de los Principios de la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864. La Tercera Comisión dio lugar a la Convención para la Solución de Conflictos Internacionales del Pacífico, que definió el proceso clásico de soluciones amistosas. Levantó a la altura de una institución internacional la comisión de investigación, el proceso de apaciguamiento y la investigación de la verdad, en aquellos tiempos institución poco conocida y rara vez utilizada. Por último, reforzó el valor moral y práctico del único proceso de justicia, el arbitraje, reconociéndolo como "el más eficiente y al mismo tiempo la forma más equitativa de resolver disputas" (art. 16).

En 1899, el primer esfuerzo para institucionalizar el arbitraje se llevó a cabo de conformidad con el

art. 20 del Convenio I de 1899, confirmado en 1907. Al organizar en detalle su procedimiento, se crearon en La Haya, bajo el nombre de la Corte Permanente de Arbitraje, tanto el marco como los elementos necesarios para permitir que los Estados que buscaban jueces establecieran sin demora un tribunal de su elección. Los Estados signatarios se declararon "convencidos de que la institución permanente de una jurisdicción arbitral al alcance de todos, dentro de los Poderes independientes, puede contribuir efectivamente" al resultado deseado "de extender el estado de derecho y fortalecer el sentimiento de justicia internacional". Sin embargo, el arbitraje siguió siendo esencialmente opcional. Excluido provisionalmente a nivel universal, el arbitraje obligatorio también fue recomendado, mayormente respecto de acuerdos bilaterales.

A partir de 1907, los pasos hacia el derecho al mantenimiento de la paz se acelerarán. Entre 1912 y 1919, se celebrarán de manera bilateral unos treinta tratados entre los Estados Unidos y otros países, en los cuales las partes se comprometen a renunciar al recurso a la guerra, mientras actúa una comisión de investigación que trabaja sobre los hechos disputados. Se suponía que esta comisión se reuniría obligatoriamente e informaría a más tardar un año después, sobre su labor. El efecto deseado se centró en la idea del beneficio de un período de enfriamiento. Esta moratoria de la guerra inspiró a los redactores del Pacto de la Liga de las Naciones. Sin embargo, no tuvo mayor efecto práctico.

Durante la mayor parte del siglo XIX, los gobiernos de las grandes potencias europeas, cegados por el nacionalismo exacerbado e inmersos en el antagonismo colonial, no creyeron que el mantenimiento de la paz valiera un esfuerzo ya que requería sacrificar parte de sus derechos soberanos. El movimiento pacifista y algunos internacionalistas encuentran su expresión en las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907. Sin embargo, es sólo después de la Primera Guerra mundial que políticos, juristas, economistas y banqueros se dieron cuenta que la guerra era ahora un flagelo general. Tras la I gran guerra, una nueva era de relaciones internacionales se abre después de la creación de la SDN. Por primera vez, la prohibición del uso de la fuerza está institucionalizado y el mantenimiento de la paz es una norma de orden público, expresando intereses colectivos.

La prohibición del uso de la fuerza a través de normativas internacionales tiene un significado mucho mayor que otros tipos anteriores de cooperación jurídica de los Estados de carácter técnico (como la Unión postal Universal). Este es un control sobre una de las prerrogativas de la soberanía, considerada esencial para la autoconservación del Estado. Es cierto que, durante los primeros años de funcionamiento de la SDN, los Poderes no estaban dispuestos a ceder ni una pequeña parte de la

responsabilidad en este campo.

La prohibición del uso de la violencia por parte de sus miembros son la primera condición para la existencia de un orden legal adecuado. El DI ya no se considera un mero recurso de la política exterior de los Estados. He aquí algunas características del período:

(i) La prohibición relativa de la guerra. El pacto distingue guerras ilegales de guerras legales. Entre las primeras hallamos a la guerra de agresión, las emprendidas antes de recurrir a procedimiento de solución pacífica o, en caso de negativa a esto, las emprendidas antes de la moratoria de 3 meses. Por su parte, las guerras legales eran aquellas emprendidas sobre temas relativos al dominio reservado de los Estados, guerras contra cualquier Estado que se negara a cumplir con una sentencia, un juicio o un informe unánime o del Consejo SDN, luego de la moratoria de tres meses, guerras en caso de que el Consejo o la Asamblea SDN no elaboraran un informe dentro de seis meses o cuando la vía legal no emitiera una decisión dentro de un plazo razonable, guerras de autodefensa en caso de uso de la fuerza sin declaración de guerra, represalias, medidas de necesidad, medidas de autoprotección, etc. .

Tanto la autodefensa como la agresión permanecen. La autodefensa suele ser concebida como el reverso de la "agresión", mientras que la invasión o bombardeo de territorios son considerados como casos típicos de agresión. El hecho de que el Pacto SDN contiene una serie de disposiciones que contemplan modalidades de guerra prohibidas condujo a una gran complejidad del régimen legal de la guerra. Esto explica por qué, desde 1919, existen brechas o fallas en los Convenios y el esfuerzo por rellenarlos con una serie de textos complementarios.

(ii) En el Pacto, la guerra se considera un mal social y, como tal, afecta a todos los miembros de la SDN. El art. 11 del Pacto establece que cualquier guerra o amenaza de guerra, contra uno de los miembros de la Sociedad, afecta a la SDN en su conjunto. Según el art. 16 del Pacto, "si un miembro de la Sociedad recurre a la guerra, contrariamente a los compromisos (del Pacto), se considera ipso facto como habiendo cometido un acto de guerra contra todos los demás miembros de la Sociedad". El art. 16 que es el único que prevé sanciones por la violación de los compromisos en virtud del Pacto, es una de las disposiciones más débiles del sistema. De hecho, los esfuerzos dentro de la nueva institución estarán generalmente orientados más hacia la prevención que a la sanción o moratoria de la guerra.

Son principalmente los países anglosajones quienes se mostraron reacios a recurrir a sanciones internacionales. La ausencia de Estados Unidos paralizó el sistema, dejando a los demás una mayor carga al momento de decidir sanciones militares.

(iii) Según el Pacto SDN, cualquier guerra debía depender del previo fracaso de un método de resolución pacífica de controversias realizado por un organismo internacional. De lo contrario, la guerra se consideraba agresión. Así, el art. 12 del Pacto estipula que:

“Los miembros de la Liga convienen en que, si se produjera entre ellos alguna divergencia que pudiese conducir a una ruptura, someterán el asunto al arbitraje o a la encuesta del Consejo; conviniendo en no recurrir en caso alguno a la guerra antes de los tres meses de haberse producido el fallo por los árbitros o el informe por el Consejo.”

En la lógica seguida, es mejor retrasar la guerra para evitarla, de ahí la idea de establecer una moratoria.

(iv) El Pacto garantiza el statu quo territorial del estatuto impuesto por el Tratado de Versalles. En virtud del art. 10, la guerra de "conquista o sujeción" se añade a la prohibición de guerras prevista en los arts. 12-15. El principio, previsto en este artículo, según el cual cada Estado debe poder disfrutar libremente de su territorio sin hallarse sujeto a amenazas o coacciones será el punto central de disputa de los países.

(v) El sistema le da prioridad legal a la política debido a que el mantenimiento de la paz se basa en la violación de la ley, es decir, los compromisos contraídos en virtud de un tratado, el Pacto de la SDN. Esta es la diferencia esencial entre el Pacto y la Carta de las Naciones Unidas. En el Pacto, es la violación de los compromisos sobre aspectos procesales y legales lo que sirve para calificar el caso de agresión mientras que, de acuerdo con el sistema de la Carta ONU es un cuerpo político (el Consejo de Seguridad) el que determina si la amenaza o el uso de la fuerza es o no legítimo.

III.2. La cuestión de las instituciones internacionales

III.2.a. Sociedad de Naciones: la génesis de un nuevo tipo de institución internacional. Entre 1815 y 1914, Europa experimenta una ausencia general de conflictos, debida entre otras causas, a un sistema de control por las principales potencias de los problemas del continente. Es un sistema no institucionalizado pero efectivo que recibió el nombre de “concierto europeo”. Este sistema se basaba, por una parte, en un conjunto de prácticas diplomáticas codificadas desde los Tratados de Westfalia en el siglo XVII. Por otra, desde los Tratados de Viena de 1815, la reunión de congresos o embajadores de crisis fue el método más importante dirigido a la resolución de conflictos entre Estados y el inicio de la diplomacia multilateral.

A finales del siglo XIX, el sistema se había deteriorado gradualmente y el aumento de los

nacionalismos, particularmente de los nacionalismos pre-racistas tales como el pan-germanismo y el pan-eslavismo habían llevado a la división de Europa en dos bloques cada vez más hostiles.

El fin de la I guerra no significó el fin de la violencia: en el centro, en el sur, en el este, en el extremo oeste de Europa, en el este asiático, cercano o lejano, guerras civiles, insurrecciones nacionales, luchas revolucionarias, intervenciones extranjeras y contrarrevolucionarias junto a las masacres ocurridas durante la I guerra mundial, plantearon nuevamente la cuestión de un mecanismo para garantizar la paz entre Estados.

A pesar de su vida breve y problemática, la Liga o Sociedad de las Naciones merece un lugar importante en la historia de las instituciones internacionales. Su creación constituyó el primer paso hacia la organización de un orden político y social mundial. La diferencia entre la concepción del orden internacional antes y después de la creación de la SDN son enormes. Al final de la I guerra mundial, la opinión pública internacional exigía un cambio. Sin embargo, esta solicitud no fluyó como un proceso racional, sino que fue más el producto de una pasión para lograr una vida pacífica.

La Liga de las Naciones, desde su inicio, intentó separarse de su fuerte vinculación con el Tratado de Versalles. Su estatuto no distingue entre vencedores y vencidos. Este hecho era indicativo de su esfuerzo para mostrar al mundo que no era un grupo de Estados ganadores que establecían las reglas del juego imponiéndolas a otros. Sin embargo, desde el principio, la ausencia de Estados Unidos, Rusia y los países vencidos que estaban en proceso de reorganización, debilitaron al sistema y lo privaron de una verdadera universalidad.

Politis no creía que la paz entre las naciones fuera el estado normal de las relaciones internacionales que llegaba a ser perturbado por los accidentes de las guerras⁹. Por el contrario, creía que la paz era una construcción voluntarista y que correspondía a un estado del sistema internacional, un verdadero orden internacional. Para él, la paz era el resultado de una y de todas las instituciones: la existencia de un cuerpo de leyes; el funcionamiento de un sistema de justicia; la puesta en común de las fuerzas individuales para garantizar la aplicación de la ley y el respeto de las decisiones judiciales.¹⁰

En el escenario internacional, la paz solo podría ser el resultado de la organización de la comunidad internacional. Esta organización ha encontrado muchos obstáculos, el más importante, referido a la soberanía nacional. Durante cuatro siglos, las personas vivieron bajo el signo de la soberanía

⁹) Nicolás Politis fue un político y jurista de origen Helénico, que actuó en la organización política internacional desde la I guerra mundial en adelante, participando de los esfuerzos de la Sociedad de Naciones.

¹⁰) Politis, Nicolas, Le problème de la paix et la Société des Nations, extrait de L'année politique française et étrangère, avril 1928, no 10, Paris : Librairie Universitaire J. Gamber, p. 7.

nacional, lo cual ha provocado el caos en el que luchan -afirmaba Politis-, y a riesgo de ver la civilización desaparecer, debían salir de tal caos.

Prepararse para la paz fue, según Politis, tan difícil como prepararse para la guerra. Como existe una técnica militar, existe una técnica pacifista: "El éxito en la paz como en la guerra, es la ley eterna de la humanidad, siempre irá a aquellos que estén mejor preparados, los mejor capacitados, los mejores liderados [...] si hay una ciencia de la guerra, ahora debemos encontrar una ciencia de la paz."¹¹

III.2.b. Los internacionalistas. Un pequeño círculo de especialistas en DI se reunieron para la conformación del IDI. Su trabajo aumentó en vísperas de la guerra, gracias a sustanciales fondos recibidos de la Fundación Carnegie para la Paz. Esta última apoyó la idea de lograr la paz a través de la ley. Su ayuda económica abrió un espacio para la producción científica internacional relativamente independiente de políticas e intereses nacionales y contribuyó al desarrollo de una visión internacionalista de lo que se estimaba correcto. El informe de los abogados europeos junto a sus colegas americanos, abrió el camino a los movimientos pacifistas y humanitarios cristianos. La idea referida a que las sociedades de derecho internacional eran las únicas capaces de comprender y corregir (sin ser influenciadas por lealtades nacionales) las cuestiones más conflictivas de la política, comienza a difundirse ampliamente en el período entreguerras.

El ideal de paz por ley, generalizado después de la I guerra mundial en todos los círculos sociales, particularmente dentro de los círculos pacifistas, contribuye aún más a la ampliación del espacio jurídico internacional. El punto de partida de estos juristas internacionalistas era la existencia de una comunidad internacional, que, como cualquier otra sociedad, necesita reglas de conducta que exige sacrificios por un bien común como fuente de todo progreso. Los gobiernos nacionales han sido llamados a desarrollar sus posibilidades a través del diseño del equilibrio de poderes y la diplomacia tradicional, las que contribuyeron junto con la competencia a nivel económico, a la intensificación de rivalidades entre naciones.¹²

Estos juristas también comparten el hallazgo de una crisis en el DI tradicional basada en la teoría de la soberanía absoluta de los Estados. Ellos identificarán nuevas tendencias y principios que debían guiar a los nuevos requerimientos de la organización mundial. Estos principios han encontrado expresión en la limitación de la soberanía en cuestiones como la economía, la administración de las minorías y especialmente en la idea de la seguridad colectiva.

¹¹) APNP, 218/56, N. Politis, La Nouvelle Politique Internationale, Conférence faite à l'Union Coloniale le 4 novembre 1926 à l'intervention universitaire de Bruxelles pour la SDN.

¹²) Warren F., Kuehl, Lynne K., Dunn, Keeping the covenant: American Internationalists and the League of Nations 1920-1939, Kent Ohio, 1997, introduction, p. 17.

III.2.c. El camino hacia una justicia universal: la Corte Permanente de Justicia Internacional.

La Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI en más) es la antecesora de la Corte Internacional de Justicia (CIJ en adelante) y la primera corte internacional permanente con competencia general. Su creación fue prevista por el Pacto de la SDN (art. 14), como uno de los engranajes esenciales de esta organización. Constituido en enero de 1920, el Consejo de la Liga de las Naciones instituyó en La Haya el siguiente mes de junio, un comité de diez jurisconsultos de gran reputación, "perteneciente a diez nacionalidades de ambos mundos y representando los principales sistemas jurídicos", con la tarea de elaborar un anteproyecto de Corte Internacional, teniendo en cuenta los diversos proyectos preparados sobre el tema por varios gobiernos.

La CPJI poseía jurisdicción sobre disputas interestatales. Aunque muchos juristas notables habían solicitado el acceso de individuos a la jurisdicción de la Corte, la idea fue rechazada por prematura. Para los Estados Unidos, que había firmado pero nunca ratificado el Pacto de la SDN, la Corte también estaba abierta a ellos, así como otros Estados no miembros de la Liga bajo ciertas condiciones. Los Estados tenían derecho a comparecer ante la Corte en todos los casos previstos en los Tratados, incluidos los tratados de paz. También podrían concurrir ante la CPJI en situaciones especiales que le correspondía al Consejo resolver. Para ello, debían someter a la Corte una declaración aceptando su jurisdicción, comprometiéndose a ejecutar de buena fe las decisiones a las que se llegara y no recurrir a la guerra.

El Comité de Juristas también había pensado en otorgar a la CPJI jurisdicción obligatoria en las controversias de carácter puramente jurídico. El Estatuto de la Corte, adoptado el 13/12/1920 por la Asamblea, fue acompañado de un protocolo. Al firmarlo, los Estados reconocían como obligatoria, automáticamente y sin acuerdo especial, ante cualquier otro Estado miembro que aceptara igual obligación, la jurisdicción de la CPJI respecto de todas o algunas categorías de disputas legales. El propósito del procedimiento sería:

- (i) la interpretación de un tratado;
- (ii) cualquier punto del derecho internacional;
- (iii) la realidad de cualquier hecho que, de establecerse, constituiría una violación de un compromiso internacional;
- (iv) la naturaleza o el alcance de la reparación debida por el incumplimiento de un compromiso internacional.

En la aplicación de la ley vigente, la CPJI podía aplicar las convenciones internacionales, fueran generales o especiales, que establecían normas expresamente reconocida por los Estados en disputa.

Podía también aplicar la costumbre como prueba de una práctica general aceptada como ley, y en ausencia de reglas convencionales o consuetudinarias, los “principios generales de reconocidos por las naciones civilizadas y, finalmente, como medios auxiliares de determinación de las normas de derecho, las decisiones judiciales y la doctrina de los más calificados publicistas”. La Corte solo podía decidir sobre la base de la equidad si contaba con el consentimiento formal de las partes. A este respecto, como en el caso de participación de los jueces de la nacionalidad de los litigantes, se desvió de la pura noción jurisdiccional para acercarse al arbitraje.

Además de su competencia contenciosa, la CPJI poseía funciones de asesoramiento e interpretación del DI. Conforme el art. 14 del Pacto, podía brindar una opinión consultiva sobre toda divergencia o cuestión que le fuese sometida por el Consejo o la Asamblea de la Liga de las Naciones.

III.2.d. La codificación del derecho internacional. ¿Debía redactarse por escrito el DI para fortalecer su aplicación? La idea de la codificación del DI siempre ha sido muy seductora y es casi tan antigua como el mismo. Desde Grocio, hombres, mujeres, asambleas o institutos han soñado en innumerables oportunidades, sistematizar y unificar las normas que regulan las relaciones internacionales. Con la excepción de unos pocos tratados que tenían el carácter de codificación parcial (los Convenios de La Haya sobre el derecho de la guerra), la mayoría de los esfuerzos no han tenido éxito. Uno de los argumentos de Estados Unidos en contra de unirse a la SDN fue el grado de imperfección y la ausencia de un derecho codificado sobre el que pudiera apoyar su juicio. En este caso, el riesgo de una sentencia basada únicamente en la concepción de Justicia del eventual juez es inaceptable para los Estados.

Las conferencias de La Haya, interrumpidas por la guerra mundial, se reanudaron tan pronto como fue el fin de las hostilidades, retomando su tarea de codificación del DI. Jeremy Bentham ya había defendido la idea de la codificación universal, que iba más allá de la simple observación de la ley existente. Para Bentham, sólo un cuerpo legal completo iba a poder cumplir con el objetivo de la ley, esto es, brindar la mayor felicidad al mayor número. Bentham defendió no sólo un derecho codificado y de conocimiento público, sino también un derecho simple, en la medida que no debía constituirse en un medio de poder al servicio de los abogados, sino permitir que cualquier persona pudiera evaluar con pleno conocimiento la totalidad de sus acciones.

Desde el siglo XIX, el movimiento para la codificación del derecho internacional se extendió a todos los principales países europeos y a los Estados Unidos y se vinculó a los nombres de Bluntschli en Alemania, Dudley Field y Lieber en los Estados Unidos, de Fiore en Italia, Duplessix y Jérôme Intermoscia en Francia. En la Francia del siglo XIX, la codificación del DI significaba para

algunos internacionalistas dar un paso decisivo en el camino hacia la paz, por la expansión del Estado de Derecho. Sin embargo, otra parte de la doctrina no parecía estar de acuerdo con una codificación general, basando este juicio negativo en argumentos como la desigualdad de los pueblos e incluso la "barbarie" de otros que hacían la tarea imposible. Otros opinaban que la codificación era incompatible con la soberanía del Estado. Finalmente, algunos limitaban sus ambiciones a codificaciones parciales, a través de acuerdos sobre aspectos concretos del derecho internacional.

En el clima positivista de la Europa del siglo XIX, el esfuerzo por plantear reglas de conducta internacionales produjo varios proyectos privados de codificación. La creación del Instituto de Derecho Internacional dio la oportunidad a sus miembros para combinar sus fortalezas y su trabajo con el fin de desarrollar gradualmente la codificación y reforma de la ley. En esa época, el IDI contribuyó significativamente al desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional.

III.2.e. La Organización de Naciones Unidas. Remitimos en este punto al capítulo 3 de esta obra.

III.3. La cuestión de la ampliación de la subjetividad internacional

III.3.a. De la protección de las minorías nacionales a los derechos del individuo. Los tratados de paz de 1919-1920 tuvieron que tratar con un gran número de problemas derivados de la guerra en relación con personas que habían sido perjudicadas por operaciones militares o que formaban parte de minorías étnicas. Según Politis, tres nuevas reglas relativas a la protección del individuo emergen de los tratados de la paz de 1919-1920:

- (i) el recurso a la justicia;
- (ii) la protección de las minorías; y
- (iii) la institución de la nacionalidad.

En este último punto, el caso *Mavrommatis* constituyó un verdadero *leading case*. En 1924 el gobierno griego interpone un recurso ante la CPJI contra Gran Bretaña sobre la base que la administración de Palestina en manos del Reino Unido y el propio gobierno británico, se habían negado a reconocer en su totalidad los derechos del ciudadano griego *Mavrommatis*. *Mavrommatis*, había obtenido por parte del antiguo gobierno turco, antes de la guerra, algunas concesiones para realizar obras públicas (electricidad y tranvías) en Palestina. Después de la guerra, Palestina es colocada primero bajo la autoridad civil y militar inglesa y posteriormente bajo el régimen de mandatos creado por la SDN, que había sido encomendado a Inglaterra. *Mavrommatis* solicita la rehabilitación del sistema de concesiones que le habían sido otorgadas, y que ahora se encontraban

amenazadas por la actividad de un competidor inglés, llamado Rutenberg. El gobierno griego acusa a Gran Bretaña, como Estado sucesor del Imperio Otomano en Palestina, por haber otorgado las concesiones de las que era titular Mavrommatis a Rutenberg.¹³

El Reino Unido protesta la jurisdicción de la CPJI considerando que la disputa relacionada con la interpretación o aplicación del art. II del Mandato para Palestina, de existir, debiera solucionarse a través de negociaciones diplomáticas.

El término "protección diplomática" se refiere a un mecanismo cuyo propósito es la compensación por daños mediatos sufridos por un Estado en las personas de sus nacionales o de sus bienes, produciéndose una novación de la disputa. El litigio cambia de naturaleza, deja de ser interno y pasa a un plano internacional. La CPJI legitima la protección diplomática a través de un -hoy- famoso párrafo:

*"Es un principio básico del derecho internacional el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales afectados por actos contrarios a la ley ejecutados por otro Estado, que no pudo ser satisfecho por el vías ordinarias. Al tomar la causa de uno de los suyos, y poner en movimiento la acción diplomática o la acción judicial internacional, ese Estado en verdad, reclama su propio derecho, el derecho que tiene para hacer cumplir, en la persona de sus nacionales, el derecho internacional."*¹⁴

En cuanto a la protección de las minorías, siguiendo la iniciativa del presidente Wilson, bajo la influencia de organizaciones judías de todo el mundo, la decisión de adoptar medidas en favor de los israelitas que vivían en Polonia y Rumanía, sirvió como modelo para las convenciones a través de las cuales la Conferencia de Paz de Versalles creó obligaciones para los países conquistados y para otros Estados a quienes se les reconocía su ampliación o independencia, e instruyó a la SDN para que hiciera cumplir tales obligaciones de protección de minorías nacionales enclavadas en sus territorios.

Por capítulos especiales insertados en los tratados de paz firmados por Austria, Hungría, Bulgaria y Turquía, Grecia, Rumanía, Polonia, Yugoslavia, y Checoslovaquia se tuvieron en cuenta los derechos de raza, idioma y religión de las mismas. Se les reconoció además los siguientes derechos: libre elección de nacionalidad, derecho a la vida, libertad, libertad de culto, igualdad ante la ley, igualdad de derechos civiles y políticos, igualdad de trato y garantías legales y de hecho, el libre uso de su lengua en las relaciones privadas y comerciales, en reuniones públicas y en los juzgados, en la prensa y en todas las publicaciones. Sumando a esto, las minorías tenían la posibilidad de recibir

¹³) Grecia basa su pedido en el art. 9 del Protocolo XII anejo al Tratado de Paz de Lausana de 24/07/1923, los arts. II y 26 de los términos del Mandato para Palestina conferido a su Majestad británica el 24/07/1922, el primer para. del art. 36 y el art. 40 del Tribunal y el art. 35, apartado 3, de su Reglamento.

¹⁴) Recueil de la CPJI (1925), serie A (23240), arêt No 2, p. 12.

educación primaria en sus lugares de residencia en número suficiente, y poder mantener escuelas privadas, instituciones religiosas, sociales o caritativas cuando la mayoría gozaba de este derecho. Luego, a través de acuerdos similares firmados con el Consejo SDN, el sistema fue extendido a otros estados, como Albania, Finlandia y los Estados bálticos, como condición de su admisión a la SDN, con lo cual ocurre aquí una de las primeras intervenciones de un organismo internacional en los asuntos internos de los Estados, una gran innovación diplomática que ciertamente limitaba la soberanía.

Dicho esto, el sistema de protección de las minorías en la SDN no fue realmente efectivo. Sólo los derechos lingüísticos y escolares de las minorías fueron los más respetados. El nuevo régimen dio lugar a la modificación de ciertas leyes tras intervenciones de la SDN. La mayoría de los debates sobre las minorías se llevaron a cabo en sesiones privadas: ni el Diario Oficial ni las actas del Consejo de la SDN contienen rastros de los mismos. Sin embargo, las actas de las sesiones orales de la CPJI brindan una imagen de los debates provocados cuando se ponía en juego la soberanía estatal en casos como el de la educación pública. Aunque con diferente intensidad, las políticas nacionalistas utilizan siempre los mismos medios para asegurar la integridad de lo que considera identidad nacional: el ejército, la prensa y las escuelas. Permitir disidencias en tales planos es sin duda una fuente de conflicto.

III.3.b. Un camino hacia la libertad: descolonización y libre determinación de los pueblos.

Hugo Grocio reacciona en 1625 ante la práctica que realizaban los soberanos de transferir en igualdad de trato, sus territorios junto a las poblaciones que los habitaban, tal como si fueran un componente más de su patrimonio. Grocio entendía que los miembros del pueblo, quienes por naturaleza eran capaces de otorgar su consentimiento, debían prestarlo.

La Revolución Norteamericana proclama expresamente este principio, estableciendo el derecho de cada pueblo a disponer de su destino. La historia diplomática europea del siglo XVIII refuerza en la práctica el concepto: Napoleón III y Cavour hicieron uso de este principio en 1848 y 1860 con motivo de la Unidad Italiana.

Fue el presidente de Estados Unidos Woodrow Wilson quien afirmó que el respeto a este principio junto con la conformación de un organismo mundial, asegurarían la paz que la Humanidad reclamaba. Tanto los gobiernos como las personas habían comenzado con una serie creciente de interrelaciones, las cuales requerían de cooperación internacional. Más de 30 diferentes agencias gubernamentales internacionales habían surgido hacia 1914 cuyo cometido era administrar intereses comunes, como el transporte, comunicaciones, salud, pesos y medidas, regulaciones postales y

reglas marítimas.

En 1920, el Pacto de la Liga de Naciones adopta el principio en su art. 22 que establece un régimen de mandatos de tres tipos sobre los territorios coloniales de las potencias vencidas, calificando como misión sagrada de civilización, la promoción del bienestar y el desenvolvimiento de los pueblos bajo mandato.

En 1945, la Carta de la Organización de Naciones Unidas lo repta tanto como uno de los propósitos fundantes de la organización (art. 1, inc. 2), y también cuando afirma que las relaciones pacíficas y de amistad se basan en el respeto al principio comentado (art. 55). Contiene además en el capítulo XI de la Carta una Declaración Relativa a territorios no autónomos.

En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos lo prevé tanto en su Preámbulo: "Los Estados Miembros se han comprometido a asegurar (sic) el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre", como también en su articulado. Es de resaltar el párrafo del art. 2 que postula el compromiso de no efectuar distinciones fundadas en condiciones políticas, jurídicas o internacionales del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, agregando que esto es aplicable tanto se trate de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

La AG ONU, mediante su Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Resolución 1514 -XV-1960)¹⁵, afirma: "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".

En 1966, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, transforman el principio en derecho a la autodeterminación, en virtud del cual "los pueblos establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural", además de establecer el compromiso respectivo de cada Parte Contratante acerca de la promoción del ejercicio de este derecho inalienable.¹⁶

La Resolución AG 2625 (XXV-1970) proclama el principio de igualdad de derechos y de la libre

¹⁵) AG ONU Res. 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14/12/1960, art. 2. Si bien la Resolución fue aprobada sin votos en contra, el Reino Unido fue uno de los 9 países que se abstuvieron en la votación.

¹⁶) AG ONU, Resolución 2200 A, 16/12/1966.

determinación de los pueblos, y desarrolla *in extenso* los derechos y obligaciones emergentes. La Resolución además eleva a la libre determinación al lugar de principio básico aplicable a las relaciones interestatales. Otra Resolución AG, la 2649 (XXV-1970) expresará la preocupación que frente a la dominación extranjera a muchos pueblos les es vedado el derecho a la autodeterminación, condenando en consecuencia, el accionar de los gobiernos que niegan tal derecho.

Al presente, el principio se evidencia a través de la (i) asistencia internacional ante situaciones de extrema necesidad; (ii) operaciones de establecimiento, mantenimiento y construcción de la paz y (iii) reafirmación del derecho al retorno para las poblaciones desplazadas por medios violentos.

III.3.c. La responsabilidad penal internacional del individuo. El Derecho Internacional Penal (DIPenal) es parte del DIPu. Posee características que lo diferencian netamente de los ordenamientos penales domésticos. En el DIPenal (a) la sociedad internacional es la titular de la función legisferante; (b) esta función se expresa a través de la creación de figuras (los delitos internacionales) e instituciones (las cortes internacionales) encargadas de velar por su aplicación; (c) las normas creadas poseen carácter internacional, siendo parte del DI convencional o consuetudinario; (d) los bienes jurídicos protegidos poseen un carácter supraestatal y jerárquicamente superior al derecho doméstico; (e) evidencia la existencia de una moral internacional común a la Humanidad; y (f) al presente, persigue únicamente a los responsables individuales de la comisión de delitos internacionales.

Desde Versalles hasta Roma se fue afianzando la idea de la responsabilidad penal internacional de la persona física por la comisión de aquellas conductas que conforme la costumbre existente en la fecha crítica, eran consideradas como contrarias a la moral media universal.

En la acusación de Nüremberg, el Fiscal Hartley Shawcross al abordar la cuestión de la responsabilidad individual de los acusados, traza una comparación entre el derecho doméstico y el DI. Comienza refiriendo la actitud del derecho penal interno frente a una banda de ladrones que roban porque el jefe les ordena las conductas para luego adelantar:

“Los hombres que ustedes ven aquí no se encuentran en una situación diferente porque hayan sido naciones las que intentaron robar y pueblos enteros los que intentaron asesinar”.

El Tribunal Penal Militar de Nüremberg dicta su fallo el 30/09/1946. En el mismo, la aceptación de la idea de una responsabilidad individual se justifica de la siguiente manera:

“Hace tiempo se ha reconocido que el derecho internacional impone deberes y responsabilidades a los

individuos igual que los estados... Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los individuos que cometen crímenes puede hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional... El principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado, no puede aplicarse a los actos que tal derecho condena como criminales. Los autores de dichos actos no pueden resguardarse tras sus cargos oficiales para librarse de la sanción de los juicios apropiados... Quien viola las leyes de la guerra no puede lograr la inmunidad por el sólo hecho de actuar en obediencia a la autoridad del estado, cuando el Estado, al autorizar su actuación, sobrepasa su competencia según el derecho internacional... El hecho que se ordene a un soldado que mate o torture, en violación de la ley internacional de la guerra, jamás se ha reconocido como una defensa de tales actos de brutalidad, aunque la orden... pueda ser tenida en cuenta para mitigar la sanción.”

El Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad contempla en su art. 3 la responsabilidad y castigo, distinguiendo entre la responsabilidad penal individual, la participación criminal y la tentativa.

Limita la responsabilidad criminal y el castigo consecuente a las personas físicas con exclusión de los Estados. Esto no implica que el Estado sea absolutamente exceptuado, sino que los principios y reglas del DIPenal contenidos en el proyecto se aplican exclusivamente a las personas físicas. Por su parte el Estado responderá conforme los patrones clásicos: “El procesamiento de un individuo por un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad no exonera a ningún Estado de responsabilidad en Derecho Internacional por un acto o una omisión que le sea atribuible” (art. 5 Proyecto). Esta es la interpretación correcta.

Como formas de participación se menciona a la complicidad, la conspiración y la tentativa. La complicidad es definida como el acto “de proporcionar ayuda o asistencia o medios para cometer un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad”. La complicidad se había contemplado ya en el VII de los principios de Nüremberg, como también en el primer Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad aprobado en 1954 y en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Existen dudas en considerar como complicidad la ayuda, asistencia o entrega de medios cuando estas acciones son ejecutadas con posterioridad a la comisión del delito.

El Estatuto de Roma que crea la primera Corte Penal Internacional de carácter permanente (CPI en mas) establece el principio de la responsabilidad penal individual en el art. 25, afirmándose la competencia de la Corte sólo respecto de las personas naturales, sancionándose la autoría tanto material como intelectual y diversas formas de participación como (a) el ordenar, proponer o inducir

a la comisión de un crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa (Art. 25(3.b)); la complicidad, encubrimiento o colaboración en la comisión o la tentativa de comisión, incluso suministrando los medios para la comisión; (c) la contribución en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución debe ser intencional y tener el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entraña la comisión de un crimen de la competencia de la Corte o a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; (d) la instigación directa y pública solo respecto del genocidio; y (e) la tentativa constituida por actos que supongan un paso importante para la comisión aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

El mismo prevé en su art. 30 que salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser condenada por la comisión de un crimen de competencia de la Corte, únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento. No importa la calidad pasada o presente de la persona, ni si actuó bajo órdenes.

III.4. La cuestión de los paradigmas modernos

El siglo 20 se caracteriza por haber dado voz en la esfera internacional a entes diferentes de los Estados, tales como las organizaciones internacionales intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales, el individuo, los pueblos, y varios otros de los que damos cuenta en el capítulo 4. Ellos comenzaron a avanzar su propia agenda e intereses, distintos y muchas veces opuestos a los del Estado. Acontecimientos históricos de magnitud como el nuevo orden mundial creado luego del fin de la II guerra mundial, la posterior guerra fría, el inicio del periodo llamado globalización tras la caída del régimen comunista soviética, los nacionalismos que vemos renacer, han generado cuestiones que bien podemos calificar de globales. Reciben este nombre porque demuestran intereses verdaderamente internacionales, sus efectos producen consecuencias que afectan a distintas regiones y habitantes, reconocen patrones comunes de conductas tanto de los responsables como de quienes sufren daños. En suma, corresponden a valores comunes de la sociedad internacional. Son estos los nuevos paradigmas que delimitan conductas personales, estatales y consecuentemente contribuyen a la creación o evolución del DI general.

A partir de estas características, es sencillo enumerar al menos tres paradigmas que reconocen valores y en torno de los cuales han nacido principios y normas internacionales: (i) la promoción y protección de los derechos humanos; (ii) el cuidado del medio ambiente global; (iii) las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Con distinto grado de evolución, han ido generando conciencia en la opinión pública, los gobiernos, lo cual finalmente se traslada a normas e

instituciones internacionales. Los tratamos a continuación.

III.4.a. Los derechos humanos y el simple derecho a un recurso efectivo. La relevancia de cualquier derecho reconocido es cuestionable si a las víctimas les es negada la capacidad legal de ejercerlos, sea ante un tribunal doméstico, regional o internacional. Como señaló Lord Denning en el caso *Gouriet* (1978): “un derecho sin la posibilidad de interponer recurso no es en absoluto un derecho”.¹⁷

Las cuestiones consideradas globales como la protección de los derechos humanos, del medio ambiente o del consumidor, generan además de normas sustantivas, la necesidad que los Estados provean procedimientos efectivos en sus respectivas órbitas. A esto se agrega la jerarquía normativa del DI en los temas citados, lo cual arroja como resultado que si el Estado es renuente a proveer un ejercicio efectivo de los derechos, el individuo tiene un recurso jurisdiccional o administrativo fuera del propio Estado, cuyo objetivo será restablecer la vigencia del derecho en crisis.

En todo sistema protectorio de los derechos básicos, el resultado del procedimiento debe garantizar los derechos materiales del titular. Afirma Alexy: "El derecho procesal sirve para la producción de decisiones conformes a la ley y, desde este punto de vista, correctas pero, además, dentro del marco de esta corrección, *justas*".¹⁸

El DIPu afirma el derecho de toda víctima de una violación de derechos básicos a que le sea concedido un recurso efectivo ante la jurisdicción. Los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del DIH a interponer recursos y obtener reparaciones"¹⁹, afirman que el contenido del derecho a

¹⁷⁾ Lord Denning en *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, Court of Appeal, 1978, p. 435, citado en R. Higgins, "The role of domestic courts in the enforcement of international human rights: The United Kingdom", en B. Conforti y F. Franciani (dis.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997, p. 38. Puede consultarse la sentencia de la Cámara de los Lorens en <http://www.uniset.ca/other/css/1978AC435.html> (julio de 2019).

¹⁸⁾ Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 472-473.

¹⁹⁾ Aprobados por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su 56° período de sesiones el año 2000. E/CN.4/2000/62, 18/01/2000. Conforme a su resolución 1989/13, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías encomendó al señor Theo van Boven la tarea de realizar un estudio sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales (E/CN.4/Sub.2/1993/8). El señor Theo van Boven preparó tres versiones de los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas a obtener reparaciones. La primera versión se halla en el documento E/CN.4/Sub.2/1993/8 del 02/07/1993, sección IX; la segunda, en el documento E/CN.4/Sub.2/1996/17 del 24/05/1996 y la tercera, en el documento E/CN.4/1997/104 del 16/01/1997. La Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 1996/35, consideró que los principios y directrices básicos propuestos por van Boven eran una base útil para dar prioridad a la cuestión de la restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas; en la resolución 1998/43, pidió a su presidente que designara un experto para que preparase una versión revisada de los principios y directrices básicos elaborados por van Boven con miras a su adopción por la AG. De acuerdo con el para. 2 de dicha resolución, el

interponer recursos comprende tres cuestiones:

- (i) el acceso a la justicia;
- (ii) la reparación del daño sufrido; y
- (iii) el acceso a información fáctica sobre las violaciones.²⁰

En cuanto a la reparación debida, los Principios distinguen varias formas como la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.²¹

El derecho a un recurso efectivo es reconocido en numerosos e importantes documentos internacionales como la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (art. 18)²²; la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8)²³; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25)²⁴; el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 2, inc 1 y 2)²⁵; el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 2, y especialmente el inc.

presidente de la Comisión de Derechos Humanos designó para esa función al señor Cherif Bassiouni. Estos Principios tuvieron como antecedente la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, aprobada por la AG en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985. Se hizo referencia asimismo a la resolución aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28/09/1977 con el objetivo de armonizar las legislaciones nacionales en el ámbito de las indemnizaciones a las víctimas de delitos, resolución (77) 27, aprobada durante su 275ª reunión.

²⁰ Principio 11, Principios de la ONU sobre el derecho a interponer recursos, op. cit. (nota 8).

²¹ Principio 21, ibíd.

²² art. 18: Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

²³ Art. 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

²⁴ Art. 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Art. 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁵ Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3)²⁶ y su Protocolo Facultativo (art. 2)²⁷; la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (arts. 5 y 6)²⁸; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 6)²⁹; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 24)³⁰; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes (art. 14)³¹; la Convención sobre los derechos del niño (art. 37, inc. d.)³²; la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (arts. 4 y 9, parr. 3);³³ y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 13).³⁴

²⁶) Art. 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (...).

²⁷) Art. 2. Con sujeción a lo dispuesto en el Art. 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

²⁸) Art. 5. Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el Art. 3. Art. 6. Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el Art. 3, serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

²⁹) Art. 6. Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

³⁰) Art. 24. Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención.

³¹) Art. 14 1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales.

³²) Art. 37. Los Estados Partes velarán por que: d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

³³) Art. 4. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos: a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción; b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado; c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo. (...) Art. 9. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

³⁴) Art. 13 Acceso a la justicia 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida

Todos estos documentos vale recordarlo, forman parte del bloque de constitucionalidad conforme el orden normativo de la República Argentina (CN art. 75(22)). Así, el derecho a una tutela judicial efectiva se encuentra situado en lo más alto de la pirámide jurídica doméstica. Afirmó la Corte Interamericana de derechos humanos (CtIDH) en *Gutiérrez v. Argentina* (2013)³⁵:

“La Corte ha establecido que, de conformidad con la Convención Americana, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (art. 25)³⁶, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1)³⁷, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1).³⁸

Por otro lado, esta Corte ha señalado que “el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo a evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”³⁹, y que “los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad”, pues de lo contrario “se conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones”⁴⁰.

Además de las citadas, otras normas internacionales afirman el derecho a un recurso efectivo: la Convención de La Haya del 18.10.1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra (Convención IV, art 3)⁴¹; el Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949 relativo a la protección de víctimas en conflictos armados internacionales (Protocolo I, art. 91)⁴²; la Declaración de Viena

la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

³⁵) CtIDH, caso *Gutiérrez y familia v. Argentina*, Sentencia de 25/11/2013, Fondo, Reparaciones y Costas, paras. 97 y 99.

³⁶) Véase CtIDH, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987. Serie C No. 2, para. 90, y *Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04/09/2012. Serie C. No. 250, para. 191.

³⁷) Véase CtIDH, *Caso Godínez Cruz v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987. Serie C No. 3, para. 92, y *Caso Mohamed v. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255, para. 82.

³⁸) Véase CtIDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26/06/1987. Serie C No. 1, para. 91, y *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños*, supra, para. 242.

³⁹) Véase CtIDH, *Caso Bulacio v. Argentina*, supra, para. 115, y *Caso Suárez Peralta v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21/05/2013. Serie C No. 261, para. 93.

⁴⁰) Véase CtIDH, *Caso Myrma Mack Chang v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, para. 211, y *Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24/11/2009. Serie C No. 211, párs. 120 y 125.

⁴¹) Art. 3. La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada.

⁴²) Art. 91. Responsabilidad. La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas.

sobre los derechos humanos (art. 27)⁴³; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (arts. 68 y 75, inc. 1.)⁴⁴; y la Declaración de los Principios de Justicia Básicos para las víctimas de delitos y abuso de poder (art. 4).⁴⁵

El "derecho a una protección jurídica efectiva" y en especial, el "derecho a la jurisdicción" han sido reconocidos en los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Lo establecen la Carta Africana de derechos humanos y de los Pueblos (art. 7)⁴⁶; la Convención Europea de derechos humanos y libertades fundamentales (art. 13 y 41)⁴⁷; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. ya citados).

En los documentos mencionados, los Estados asumen el deber de garantizar una protección jurídica efectiva a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Los sistemas de protección de derechos regionales en Europa, América y África son un claro ejemplo de la afirmación de la responsabilidad del Estado por el desconocimiento del derecho a un recurso efectivo, herramienta fundamental para la consolidación de estándares globales de protección de los nuevos paradigmas.

Este derecho tan simple -a un recurso efectivo- se ha convertido en la llave para poder denunciar, demandar y eventualmente responsabilizar a aquellos Estados que, en muy diversas situaciones, no cumplen con el respeto y promoción de los derechos de las personas.

⁴³) Art. 27. Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos. La administración de justicia, en particular los organismos encargados de hacer cumplir la ley y del enjuiciamiento así como un poder judicial y una abogacía independientes, en plena conformidad con las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de importancia decisiva para la cabal realización de los derechos humanos sin discriminación alguna y resultan indispensables en los procesos de democratización y desarrollo sostenible.

⁴⁴) Art. 68 Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones y Art. 75. Reparación a las víctimas.

⁴⁵) Resolución 40/34 de la AG, anexo (29/11/1985). Art. 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

⁴⁶) Art. 7. 1. Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes; b) el derecho a ser considerado inocente hasta que un tribunal competente demuestre su inocencia; c) el derecho a la defensa, incluido el derecho a ser defendido por un abogado de su elección; d) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo de tiempo razonable por un tribunal imparcial. 2. Nadie puede ser condenado por un acto u omisión que no constituya una ofensa legalmente punible, en el momento en que se cometió. No se puede infligir pena alguna por una ofensa contra la que no existe ninguna disposición en el momento de ser cometida. Las penas son personales y sólo pueden ser impuestas al trasgresor.

⁴⁷) Art. 13. Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

Art. 41 Satisfacción equitativa Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

III.4.b. La protección de intereses globales y la internacionalización de las normas. La segunda posguerra se estructuró en derredor de ciertos paradigmas hoy desaparecidos. Éstos reconocían en lo político a la guerra fría y los procesos de descolonización como elementos vitales del sistema, y en lo económico, al llamado Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI). No existían en la década de 1940, cuestiones de interés global impulsadas por los distintos pueblos del planeta, como las que conocemos en la actualidad. Desde la II guerra mundial en adelante se consolidan tres paradigmas:

- (i) un equilibrio de poderes surgido como situación de facto entre superpotencias (la guerra fría);
- (ii) la autodeterminación de los pueblos que pasa de considerarse un principio a reconocerse como un derecho y conduce a los procesos de descolonización; y
- (iii) la intención de compatibilizar los intereses económicos de los estados poderosos llamados desarrollados con los de los Estados en vías de desarrollo, que resultó imposible de cumplir.

En primer lugar, la guerra fría imposibilitó la discusión plena de proyectos globales de cooperación para la paz. Las declaraciones políticas constituyeron importantes antecedentes discursivos, pero no lograron llevar a la realidad una cooperación que posibilitara la paz. La cuestión ambiental no existía como tal en la opinión pública mundial. Mucho menos la Tecnología, que, si bien era considerada una fuente de poder, las potencias no discutían la posibilidad de transferencia a países en vías de desarrollo.

En segundo lugar, los procesos de descolonización funcionaron como válvula de escape de necesidades y sentimientos nacionales, ya que, de alguna manera, la concesión de independencia a ex colonias, anuló conflictos nacionales aun mayores. Esto produjo la disminución de los niveles de conflicto armado en importantes regiones del planeta. Sin embargo, la precariedad de estos proto-estados funcionó como causa del cambio de eje de los conflictos producidos a partir de la década de los noventa: los conflictos inter - estatales dieron paso a los conflictos internos. El agrupamiento político de los nuevos estados en reclamo de una nueva formulación de los términos del intercambio económico, se unió a la preocupación ambiental nacida en los sesenta. Esto originó la necesidad de teorizar sobre la conjunción de un desarrollo económico que fuera compatible con el cuidado del ambiente.

Finalmente, en lo que hace al Nuevo Orden Económico Internacional, la descolonización comenzada formalmente en 1960, produjo la aparición de una cantidad importante de Estados que intentaron a partir de su unión, cambiar ciertos parámetros del sistema económico capitalista. Las tres Resoluciones de la AG que originan el NOEI (1974) constituyen probablemente, las más importantes, comprensivas y conflictivas de todas las aprobadas por tal cuerpo respecto de

cuestiones económicas. Votadas por abrumadora mayoría, intentaron cuestionar el sistema económico internacional, criticando la interacción económica entre los estados occidentales y el “Tercer Mundo”. Subrayaron la iniquidad del sistema económico internacional, realizando un llamamiento para el inicio de acciones correctivas. Tuvieron una notable influencia en las organizaciones internacionales, particularmente dentro de las pertenecientes al sistema de Naciones Unidas. Una generación entera de administradores, políticos e intelectuales del Tercer Mundo crecieron y escalaron posiciones de poder bajo la influencia del NOEI, hasta ser desafiados por una generación más joven perteneciente a una cultura radicalmente diferente: la del “Estado abstencionista”.

Los paradigmas hasta aquí comentados variaron radicalmente en la última década del siglo XX, que ve la aparición y posterior consolidación de nuevos paradigmas, producto de la desaparición de los anteriores. Estos nuevos paradigmas actualmente vigentes, se relacionan con la consolidación de la promoción y protección de los derechos humanos, el medio ambiente, y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC en más). Ellos motivan las propuestas de soluciones globales a partir de la negociación de instrumentos internacionales multilaterales.

Los nuevos paradigmas (derechos humanos, medio ambiente y economía global, y uso masivo de las NTIC) han sido concebidos en básicamente en Occidente, circunstancia no casual. Nace entonces el mercado global, piedra de toque de la globalización en curso, extendida cada vez más a todos y cada uno de los aspectos de nuestras vidas. Esta primera situación suma a la internacionalización de las normas.

Los procesos de descolonización han generado un número importante de proto-estados, con diferente grado de viabilidad. Son entes que en lo formal cumplen con las definiciones doctrinarias, pero que carecen de los atributos materiales del Estado: cohesión interna y efectivo cumplimiento de sus obligaciones primarias (justicia, salud, educación, asistencia social y seguridad). En definitiva, su consolidación política, social y económica depende de su capacidad de integrarse en torno de estructuras económicas mayores, delegando ciertas competencias soberanas en órganos supranacionales. Esta segunda situación suma a la internacionalización de las normas.

El NOEI es reemplazado por el entronizamiento de las políticas de libre mercado (“mundialización de la economía occidental” u “occidentalización de la economía”), lo cual implica la retirada del Estado de varias de sus funciones por decisión o por imposibilidad material de cumplimiento. Esta ausencia del Estado provoca problemáticas sociales que se repiten en todas las regiones del planeta: desplazados y excluidos sociales, grupos vulnerables en Estados ricos y pobres que reclaman soluciones idénticas. Por tercera vez, esta situación suma a la normativa global.

En cuarto término, aparece un factor no relevante en épocas anteriores. La Tecnología cobra carácter masivo: especialmente se difunde el uso de la computadora personal y la tecnología de la información. La posibilidad de comunicación virtual borra definitivamente las fronteras estatales. Provoca al Derecho más interrogantes de los que éste pueda afrontar al menos en lo inmediato. Nace también el nuevo alfabeto digital: original e imprevista causa de exclusión social para quienes no manejen las nuevas tecnologías. La opinión pública mundial logra cohesión y se consolida el activismo virtual internacional. Por cuarta vez: esta situación suma a la internacionalización de las normas.

Como vemos, todas estas fuerzas suman a la globalización normativa. Pero surge aquí otro hecho relevante. Esta “mundialización” no se produce en la tradicional forma de tratados entre Estados soberanos (DI de fuente contractual). Por el contrario, las normas internacionales y comunitarias crecen en cantidad e importancia, y relegan a la normativa doméstica a un segundo plano de efectividad. También actores como las Corporaciones Transnacionales, las Organizaciones no Gubernamentales, comunidades originarias, movimientos de liberación nacional, colectivos de identidad sexual, de reclamos de derechos de minorías olvidadas y grupos vulnerables son nuevos protagonistas del sistema internacional, formulan reclamos y propuestas que actúan a modo de lobby legislativo o bien autoregulación en aquellas cuestiones en las cuales los Estados dejan librado al individuo a su suerte.

III.4.c. La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. En los años 70, surgió el actual sistema de redes de comunicación que conocemos como Internet. Hubo que esperar hasta la década de los 90 para ver la intrusión en nuestra vida de la red virtual ó como lo llama el filósofo español Javier Echevarría: “el tercer entorno”. Desde entonces, el desarrollo de las NTIC, así como la globalización de la economía, conducen a todos los actores económicos, políticos y sociales a modificar considerablemente su organización. Esta nueva configuración a favor de una estructura más global favorece la emergencia de oportunidades estratégicas para las NTIC.

Se calcula que a mediados de 2019 existen más de 4000 millones de internautas en el mundo, algo más del 55% de la población mundial y más de 2/3 de la población mundial posee un dispositivo móvil.⁴⁸ Cada día salen productos, noticias, fusiones y avances relacionados con la red que facilitan

⁴⁸) Datos extraídos de TreceBits, en internet <https://www.trecebits.com/2018/01/30/ya-mas-4-000-millones-internautas-mundo/> disponible agosto 2019.

mayor rapidez y capacidad en su uso, mejorando la calidad de los negocios, aunque es difícil afirmar si eso se traduce en una mejor calidad de vida.

La irrupción de las NTIC viene planteando preguntas inéditas para el campo del derecho. La dinámica del DI marcada por cuestiones vitales como la cooperación y conflicto vistas siempre desde el prisma de la soberanía estatal se reitera, pero esta vez bajo un matiz nunca antes conocido: el del ciberespacio. En este ámbito intangible y sin titulares precisos, las nociones de cooperación y conflicto se encuentran. Y reclaman respuestas.

El ciberespacio es el único lugar enteramente creado, poseído y administrado por el hombre. Se define como una "red interdependiente de infraestructuras de tecnología de la información, que incluye Internet, redes de telecomunicaciones, sistemas informáticos y procesadores y controladores integrados en industrias críticas".⁴⁹ Otras definiciones agregan a lo dicho, la información residente en los sistemas mencionados. Su característica distintiva es el cambio constante producido como respuesta a la innovación tecnológica. Concebido como un lugar para el desarrollo de las comunicaciones y la actividad económica, jamás se pensó que las reglas del DI pudieran serle aplicables. Sin embargo, su uso afecta transversalmente a todo ejercicio de los derechos, por lo cual mas alla de la posibilidad de la analogía, surgen cuestiones jamás previstas a las que el Derecho lentamente va dando respuesta o simplemente ignora.

⁴⁹) Ver The White House, Cyberspace Policy Review, 16/05/2011, p. 1, en referencia a la Directiva Presidencial Estadounidense de Seguridad Nacional 54 / Homeland Security Presidential Directive 23 (NSPD-54/HSPD23): "the interdependent network of information technology infrastructures, and includes the Internet, telecommunications networks, computer systems, and embedded processors and controllers in critical industries".

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

“El Derecho vive en las personas”.

Antonio Cassese

Antonio Cassese (1937-2011) fue un jurista italiano especializado en derecho internacional público.

Ocupó los cargos de primer presidente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Especial para el Líbano. Cassese enseñó derecho internacional en la Universidad de Pisa, para luego unirse a la Universidad de Florencia. Fue becario visitante en Oxford. Publicó extensamente sobre derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal internacional. Fundó y coeditó la Revista Europea de Derecho Internacional, y la Revista de Justicia Penal Internacional.

Su legado está constituido por los históricos avances de la justicia internacional de las últimas décadas desde el Tribunal para la ex Yugoslavia en adelante.

Fue el gran arquitecto del uso de las fuentes del DI, especialmente la costumbre y los principios generales, a fin de consolidar un sistema de justicia internacional penal que básicamente no existía. A él se deben importantes teorías en el campo de la responsabilidad penal internacional de funcionarios y agentes estatales.

En solo dos tardes que pudimos escucharlo y dialogar con él, nos transmitió esa pasión por la justicia que imponía como guía de cada uno de sus trabajos.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Fuentes del Derecho Internacional Público

Favio FARINELLA

I. Introducción

El art. 38 del Estatuto de la CIJ replica los términos del art. redactado para el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional durante el período de la Sociedad de Naciones. Identifica claramente cinco fuentes del Derecho Internacional:

- (i) las convenciones internacionales;
- (ii) la costumbre internacional;
- (iii) los principios generales de derecho;
- (iv) las decisiones judiciales;
- (v) la doctrina de los publicistas.

Se menciona igualmente una sexta fuente de carácter incidental: la equidad. Puede afirmarse que la lista provista por el artículo es incompleta, ya que, habiendo sido adoptado casi cien años atrás, no pudo tomar en consideración la evolución posterior del DI. No obstante las carencias y críticas sufridas, el art. 38 provee una base cierta desde la cual comentar las fuentes del DI que llamaremos “tradicionales”.

II. Fuentes tradicionales

II.1. Tratados

La importancia de los tratados como fuente del DI aumenta proporcionalmente a la interacción producida entre los Estados del sistema internacional. Los efectos de un tratado en la formación de reglas de DI dependen de su naturaleza, objeto y fines. Se acostumbra a distinguir entre aquellos

tratados que crean derecho *-law making treaties-* y aquellos otros que sientan reglas de aplicación universal, muchas de ellas tendientes a la codificación de la costumbre internacional. No obstante, en ambos casos, respecto de las Partes contratantes, la obligatoriedad nace del consentimiento estatal. La voluntad estatal constituye la piedra de toque en este tema, y en la formación del DI en su conjunto. Veremos más adelante que sólo en las últimas décadas del siglo pasado, el DI comienza a independizarse de tal voluntad, muy lentamente y sólo respecto de ciertas temáticas.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT de aquí en más) define a un tratado 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” (art. 2.1.a).

El tratado obliga a los Estados parte del mismo, y sólo excepcionalmente puede afectar a terceros creando derechos u obligaciones a su respecto. Los arts. 35 a 37 de la CVDT tratan tales excepciones.

Los tratados multilaterales intentan generalmente establecer reglas de aplicación común, y evidencian varias características legislativas. Primero, existen provisiones que se dirigen a codificar reglas existentes de DI consuetudinario (como la zona económica exclusiva del art. 55 de la Convención de Jamaica). Segundo, pueden cristalizar una regla de DI que se encuentra en desarrollo, afirmando de manera cierta una práctica general que hasta ese momento era respetada sólo por un grupo de Estados (como la plataforma continental reconocida en la Convención de Ginebra 1958). Tercero, pueden establecer reglas de derecho, en forma independiente de la práctica estatal previa, como por ejemplo la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza afirmado en el art. 2, inc. 4 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU en mas).

La CIJ tuvo oportunidad de analizar a los Tratados como fuente del DIPu. En el caso de la Anglo-Iranian Oil Co.⁵⁰, determinó quiénes tienen capacidad para suscribir tratados y consecuentemente, bajo cuáles circunstancias un instrumento internacional reviste tal carácter. La CIJ sostuvo que un acuerdo suscripto entre un Estado y otra entidad que no reviste el carácter de sujeto de DIPu, no es un tratado.

Más allá de la calificación dada por las partes, para la CIJ lo esencial es considerar la subjetividad internacional de las partes y el objeto del acuerdo, a fin de conocer si estamos frente a un tratado.

⁵⁰) CIJ, Anglo-Iranian Oil Co., U.K. v. Iran, 1952, Rep. 93.

En el caso relativo a la Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahrein⁵¹, afirma que:

*“...los canjes de notas entre el Rey de Arabia Saudita y el Emir de Qatar, de fechas 19 y 21 de diciembre de 1987, y entre el Rey de Arabia Saudita y el Emir de Bahrein, de fechas 19 y 26 de diciembre de 1987, así como el documento denominado “Acta”, que firmaron en Doha el 25 de diciembre de 1990 los Ministros de Relaciones Exteriores de Bahrein, Qatar y Arabia Saudita, constituyen acuerdos internacionales que crean derechos y obligaciones para las partes...”*⁵²

En cuanto a los requisitos necesarios para saber si estamos frente a un tratado, la CIJ en relación a la necesidad del documento escrito, ha reconocido valor jurídico al silencio. Así, en el caso de la Plataforma Continental⁵³ entre Túnez y Libia la Corte le atribuyó valor al silencio de Francia por no haber reclamado, lo cual supuso expresaba la aceptación del status quo.

En lo que hace a un análisis detallado de los tratados, remitidos al capítulo específico.

II.2. Costumbre

El Estatuto de la CIJ en su art. 38 hace referencia a la costumbre internacional “como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”⁵⁴.

En el caso de Asilo, la CIJ describió a la costumbre como “un uso constante y uniforme, aceptado como derecho”⁵⁵. A los efectos de la prueba, será necesario que los Estados observen la regla en cuestión como legalmente vinculante. Así, su cumplimiento deja de ser una elección del Estado para constituirse en una obligación legal (la llamada *opinio juris*). El consentimiento de los Estados puede manifestarse de manera expresa o tácita. Las decisiones de los tribunales domésticos también se consideran comprendidas, ya que se considera que las decisiones judiciales y administrativas de los Estados evidencian la práctica de un Estado a los fines de decidir la existencia de una regla consuetudinaria.⁵⁶

La objeción que presente un Estado a fin de no estar vinculado con la regla de DI consuetudinaria debe ser reiterada en forma consistente. Los nuevos Estados no pueden escapar al cumplimiento de la costumbre ya consolidada: se encuentran obligados respecto de todas las reglas existentes al momento de su independencia.

Existen, además, ciertas reglas de DI consuetudinaria que son consideradas vitales para el sistema internacional, respecto de las cuales ningún Estado puede escapar a su cumplimiento, ni siquiera

⁵¹) CIJ, Maritime Delimitation and territorial Questions between Qatar and Bahrain, Qatar v. Bahr., 1994, Rep. 112.

⁵²) Supra 3, para. 41.

⁵³) CIJ, Continental Shelf (Tunisia. v. Libya, 1982, Rep. 18.

⁵⁴) CIJ, Estatuto, art. 38, inc. 1.b.

⁵⁵) CIJ, Asilo, Colombia v. Perú, 1950, Rep. 266.

⁵⁶) Kaczorowska Alina, Public International Law, Old Bailey Press, Great Britain, third edition, 2005, p. 27.

invocando su calidad de soberano. Estas reglas perentorias reciben el nombre de normas imperativas o *jus cogens*.

La *opinio juris* juega un rol fundamental al momento de elevar una norma consuetudinaria a la categoría de normas perentorias, ya que sólo en el caso en que la mayoría de los Estados considere que determinada regla no puede ser objetada o dejada de lado por el consentimiento de uno o más Estados, se llega a la categoría del *jus cogens*.⁵⁷ La *opinio juris* puede ser identificada a través de actos claros y precisos de las agencias gubernamentales.

Finalmente, la omisión como forma de expresar el consentimiento por parte de un Estado, cobra importancia cuando tal Estado posee motivos que hacen necesario expresar su opinión o adoptar una conducta en respuesta a una situación que se presenta. Estamos frente al instituto de la aquiescencia. La importancia de la aquiescencia en DI fue expresada en el caso **Lotus**⁵⁸ (1927) por la CPJI. Aquí, la Corte realizó un análisis de varias sentencias de las cortes francesas que aceptaban situaciones análogas al accionar jurídico ejecutado por Turquía, esto es, que los delitos cuyos autores -al momento de ser cometidos-, se encuentran en territorio de otro Estado, deben ser considerados como ocurridos en la propia jurisdicción, cuando uno de los elementos constitutivos de delito y sus efectos ocurren allí (tesis de Turquía). Señaló la Corte:

"[...] la primera y principal limitación que impone el derecho internacional a los Estados es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un Estado no puede ejercer de ninguna forma su poder en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; ella no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio, excepto en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención.

De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los Estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación relacionada con hechos que ocurran en el extranjero. Una posición contraria sólo podría sostenerse si el derecho internacional impusiera sobre los Estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre las personas, los bienes y los actos que están fuera de su territorio y si como una excepción a esta prohibición general el derecho internacional permitiera a los Estados hacerlo sólo en determinados casos. Pero, ciertamente, esto no es lo que ocurre en el derecho internacional, tal como éste se presenta hoy en día [...]".⁵⁹

Respecto de una cantidad relevante de reglas, como las pertenecientes al derecho del mar, la situación es clara, y la costumbre se encuentra ya sistematizada en normas convencionales y textos

⁵⁷) Higgins R., *Problems and Processes: International Law and How We Use It*, Clarendon Press Publications, 1995, p. 22.

⁵⁸) CPJI, S.S. Lotus, Francia v. Turquía, 1927, P.C.I.J. Rep. Ser. A, No. 10, Sept. 7.

⁵⁹) Idem ant.

tradicionales de DI.

En el ya mencionado caso **Lotus**, la CPJI afirmó que para dar por establecida una costumbre que atribuyera al Estado del pabellón la competencia a fin de juzgar crímenes cometidos en alta mar, era necesario que la práctica reflejara la *opinio juris* de los Estados. Entendió por ésta, la convicción de estar cumpliendo un imperativo de derecho. Como Francia no pudo probar este segundo elemento de la costumbre, la CPJI descartó su argumentación en este punto:

*"En la opinión de la Corte, esta conclusión no se encuentra justificada. Aún en el caso en que el escaso número de decisiones judiciales que pueden identificarse de entre los casos reportados, fuera suficiente para probar en los hechos el punto alegado por el representante del gobierno francés, esto solo demostraría que los Estados, en la práctica, usualmente se han abstenido de iniciar procesos criminales y no probaría que ellos reconocen estar obligados a actuar de ese modo; ya que sólo sería posible hablar de una costumbre internacional si dicha abstención estuviera basada en una convicción del deber jurídico de abstenerse. El hecho alegado no permite inferir que los Estados hayan tenido conciencia de tal obligación".*⁶⁰

Aun así, la codificación del DI consuetudinario relativo al derecho del mar, demostraría el mayor peso que tuvo en los años siguientes, la tesis Francesa que reservaba la jurisdicción al Estado del pabellón. La Convención de Derecho del Mar (Jamaica 1982, CNUDM en adelante) en su art. 97, afirma la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón o de la nacionalidad de los acusados.

No obstante, cuando se afirma la costumbre como fuente, respecto de cuestiones más recientes en el desarrollo del DIPu, pasamos a un campo donde la especulación teórica prevalece. En este punto, al intentar resolver un conflicto interestatal, se generan críticas y visiones opuestas. Tal la afirmación de la existencia de una costumbre internacional relativa a la inmunidad absoluta de jefes de Estado y funcionarios estatales respecto de cualquier otro foro doméstico, aun cuando el objeto de la controversia versare sobre actos de tortura (CIJ, **Orden de Arresto**, 1998); o una alegada costumbre relativa a la inmunidad absoluta del Estado, aún cuando el conflicto gire en torno de la violación de normas *jus cogens* -en el caso, los delitos de genocidio y crímenes contra la humanidad-, (CIJ, **Inmunidad Jurisdiccional del Estado**, 2012).

La CIJ, a lo largo de su historia, ha mencionado la *opinio juris* como parte de la costumbre en otros casos, además de los mencionados.

En **Derecho de Nacionales Norteamericanos en Marruecos**⁶¹, la CIJ rechazó la pretensión norteamericana de fundar su jurisdicción consular en una costumbre local bilateral, al constatar que

⁶⁰ CPJI, S.S. Lotus, France. v. Turkey., 1927, Ser. A, N°10, para. 76.

⁶¹ CIJ, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco, Francia vs. Estados Unidos de América. Judgment, France v. U.S., 1952, Rep. 176, 27/08/1952.

la práctica seguida no correspondía a una convicción imperativa (ausencia de *opinio juris*).

En **Derecho de Paso sobre Territorio Indio**⁶², la CIJ manifestó que para que una práctica prolongada y continua sea base de derechos y obligaciones recíprocas sólo entre dos Estados debe ser: “...*aceptada por ellos como reguladores de sus relaciones...*”⁶³

En su opinión consultiva sobre la **Legalidad del uso por los Estados de Armas Nucleares en Conflictos Armados**, la CIJ señala que los miembros de la comunidad internacional están profundamente divididos respecto de si la no utilización de armas nucleares durante un periodo extenso -50 años- constituye en verdad la expresión de la necesaria *opinio juris*:

*“Los Estados que opinan que el uso de armas nucleares es ilícito han intentado demostrar la existencia de una norma consuetudinaria que prohíbe su uso. Se refieren a la práctica ininterrumpida y uniforme de no utilización de armas nucleares por los Estados desde 1945 y en esa práctica creen ver la expresión de una opinio juris por parte de los que poseen esas armas.”*⁶⁴

“Otros Estados, que defienden la legalidad de la amenaza de uso y el uso de armas nucleares en ciertas circunstancias, invocaron la doctrina y la práctica de la disuasión en apoyo de su argumento...”“...si no se han utilizado armas nucleares desde 1945, no es por la existencia o el surgimiento de una costumbre, sino simplemente porque, afortunadamente, no se han presentado las circunstancias que podrían justificar su uso”⁶⁵

En verdad, en el entendimiento de la CIJ, para la existencia de una costumbre como fuente del DI general, aún cuando se probare la existencia del elemento objetivo, la ausencia de *opinio juris* obsta al reconocimiento de una costumbre que considere ilegal al uso de armas nucleares en conflictos armados:

*“...la Corte señala que... la aparición, como lex lata, de una norma consuetudinaria por la que se prohíba específicamente el empleo de las armas nucleares como tales se ve dificultada por las continuas tensiones entre la incipiente opinio juris, por un lado, y la adhesión todavía muy fuerte a la práctica de la disuasión, por el otro.”*⁶⁶

En el ámbito regional Americano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH de aquí en más) en **Baena Ricardo y ot. v. Panamá**, se refirió a esta fuente, en relación con el argumento de Panamá que alegaba que la Corte carecía de competencia para supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias:

“...ello también encuentra su fundamento en la práctica constante y uniforme de la Corte y en la resultante opinio juris communis de los Estados Partes en la Convención...(sic) La opinio juris communis significa la manifestación de la conciencia jurídica universal a través de la observancia, por

⁶²) CIJ, Right of Passage over Indian Territory, Portugal v. India, 1960 Rep. 6.

⁶³) CIJ, Supra 12, p. 39. La traducción es nuestra.

⁶⁴) CIJ, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in armed Conflict, Advisory Opinion, 1996, Rep. 227, para. 65.

⁶⁵) Ibidem, para. 66.

⁶⁶) Ibidem, para. 73.

la generalidad de los miembros de la comunidad internacional, de una determinada práctica como obligatoria. La referida opinio juris communis se ha manifestado en que dichos Estados han mostrado una actitud generalizada y reiterada de aceptación de la función supervisora de la Corte...”.⁶⁷

Además, la CtIDH hizo referencia al factor tiempo en la costumbre:

“...en lo que atañe al periodo de tiempo para considerar que se está ante una práctica constante, este Tribunal considera que lo importante es que la práctica sea observada de manera ininterrumpida y constante, y que no es esencial que la conducta sea practicada durante un determinado periodo. (sic) Inclusive, la jurisprudencia internacional ha reconocido la existencia de normas consuetudinarias que se formaron en periodos muy breves”.⁶⁸

II.3. Principios generales de derecho

El art. 38, inc. 1.c del Estatuto de la CIJ refiere los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Lauterpacht recuerda que el origen del artículo se halla en el Estatuto de la CPJI que intentó proveer una solución al argumento del non liquet: la imposibilidad de decidir un conflicto debido a la inexistencia de una norma que regule la cuestión.⁶⁹ Lord Phillimore autor de la provisión como miembro del Comité Consultivo de Juristas, afirmaba que

“los principios generales refieren ... aquellos que son aceptados por todas las naciones en su foro doméstico, tales como ciertos principios referidos al procedimiento, el principio de la buena fe, el principio de la res judicata, etc.”.⁷⁰

Este inciso demuestra un rechazo de la aplicación exclusiva de la teoría positivista en el DI, al trascender el exclusivo consentimiento de los Estados, hacia la posible aplicación de elementos jusnaturalistas en la forma de principios legales existentes en las jurisdicciones domésticas.

En el caso **Fábrica de Chorzow** (1928), la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que “la Corte nota que es un principio de DI e incluso un concepto general de derecho, que cualquier violación de un compromiso envuelve la obligación de reparar.”⁷¹ De igual forma, se hizo referencia también a los principios generales del DI. En la opinión consultiva de Carelia Oriental, la CPJI afirmó la independencia de los Estados como “un principio fundamental de derecho internacional”.⁷²

Ya en 1970, la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH en adelante) confirmó que los derechos humanos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho protegidos

⁶⁷ CtIDH, Baena Ricardo v. Panamá, Judgment, para. 102, IACtHR, 28/11/2003.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Lauterpacht Hersch, International Law, vol. 1, Cambridge University Press, 1970, p. 69 y ss.

⁷⁰ Advisory Committee of Jurists, proces verbal of the Committee, 1920, p. 335.

⁷¹ CPJI, Chorzow Factory case, Indemnity, Merits, Germany v. Poland, 1928, PCIJ, Rep. Ser. A, No. 17, p. 29.

⁷² CPJI, Eastern Carelia case, Advisory Opinion, 1923, Rep. Ser. B, No. 5.

por la Corte.⁷³

II.4. Decisiones Judiciales

El art. 38, inc. 1.d del Estatuto de la CIJ refiere que la Corte aplicará conforme las provisiones del art. 59, las decisiones judiciales... como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. El referido art. 59 afirma que “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. En *Intereses Alemanes en Alta Silesia*, la CPJI afirmó que:

*“el objeto [del que luego sería el art. 59 del Estatuto de la CIJ] es simplemente prevenir que los principios legales aceptados por la Corte en un caso particular sean obligatorios para otros Estados o en otras disputas”.*⁷⁴

Los precedentes jurisprudenciales no poseen una autoridad vinculante en DI, con lo cual las decisiones judiciales no constituyen una fuente formal del DI. No obstante esto, cuando un tribunal internacional decide una cuestión que no está regulada por el DI convencional ni consuetudinario, ciertamente está introduciendo alguna innovación en el DI que puede incluso entenderse como creación del derecho.

En el caso **Pesquerías anglo noruegas**⁷⁵, frente a las alegaciones de las partes, la CIJ sostuvo que el método de líneas de base empleado por Noruega no era contrario al DI, dado que se encontraban involucrados especiales hechos geográficos y los intereses económicos peculiares de la región. Así, la CIJ creó una nueva regla de DI fin de delimitar el mar territorial en aquellas regiones del mundo cuyas particularidades geográficas y económicas lo exigen.

En la opinión consultiva **Reparaciones por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas** (1949), la CIJ decidió que la ONU al amparo del DI podía reclamar una indemnización contra un Estado por daños sufridos por sus funcionarios.⁷⁶

En cuanto al valor de las decisiones judiciales de la CtIDH, la Convención Americana de Derechos Humanos es clara al establecer que, para las partes en litigio, las decisiones deben cumplirse⁷⁷. Este principio de la obligatoriedad de la sentencia inter- partes, es complementado con la postura sostenida por la misma CtIDH respecto que todos los Estados que aceptan su competencia, se

⁷³ Corte Europea de Derechos Humanos, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* case, 11/70, 1970, ECR 1125.

⁷⁴ CIJ, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia* case, 1926, PCIJ Rep. Ser. A, No. 7.

⁷⁵ CIJ, *Anglo Norwegian Fisheries* case, UK v. Norway, 1951, Rep. 116.

⁷⁶ CIJ, *Reparations for Injuries suffered in the service of the United Nations*, 1949, Rep. 174.

⁷⁷ Art. 68, Inc. 1. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica. Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (julio 2019).

encuentran obligados a respetar la totalidad de su jurisprudencia. La CtIDH es la última intérprete autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos, base esencial del Estado de Derecho en la región. De esto deriva que su interpretación de las normas sobre derechos humanos es vinculante para los Estados, desde que revela las “condiciones de vigencia” de la norma cuestionada. En *Masacres de Río Negro v. Guatemala*⁷⁸ la CtIDH manifestó que:

*“Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de éstos ha hecho la Corte Interamericana.”*⁷⁹

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN en adelante) afirma pacíficamente que la jurisprudencia de la CtIDH, en lo que respecta a la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás tratados temáticos regionales, es obligatoria para los tribunales domésticos. Dijo en Espósito:

“Que la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.⁸⁰

Este criterio es reiterado en posteriores decisiones. Así, en Simón estableció que tanto la jurisprudencia de la CtIDH como las directivas de la CtIDH constituyen una “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁸¹ El criterio se repite en los casos *Mazzeo, Videla, Rodríguez Pereyra, y Carranza*, entre otros.⁸²

II.5. Las doctrinas de los publicistas

El art. 38, inc. 1.d del Estatuto de la CIJ refiere que la Corte aplicará conforme las provisiones del

⁷⁸) Con anterioridad a este fallo la CtIDH en conceptos similares ha manifestado lo mismo en los casos *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 24/02/2012. Serie C No. 239, para. 281-282; *Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de Noviembre de 2011. Serie C No. 238, para. 93; *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, para. 124; entre otros.

⁷⁹) CtIDH, *Río Negro Massacres v. Guatemala*, Judgment, para. 262 (IACtHR, Sep. 04, 2012).

⁸⁰) CSJN, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa. 23/12/2004, Considerando 6.

⁸¹) CSJN. Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad y otros. Causa N° 17.768C. 14/07/2005. Considerando 17.

⁸²) Véase CSJN. *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*, 13/12/2007. -*Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación*. C.s. V.2.8.1. XVI, 31/8/2010. -*Rodríguez Pereyra C/ Ejército Nacional*. Sentencia del 27/11/2012. CSJN. -*Carranza Latrubesse c/ Estado Nacional*. 6/8/2013.

art. 59, “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Aún cuando esta fuente sólo constituye evidencia del derecho consuetudinario, la doctrina internacional puede cumplir un rol subsidiario en el desarrollo de nuevas reglas de derecho, basta con pensar en los escritos de Grocio, Gentili, Bynkershoek y Vattel como algunos de los juspublicistas clásicos que contribuyeron a la conformación y desarrollo del DI en sus comienzos.

Además de las contribuciones personales o aisladas, debemos considerar también la importancia creciente de asociaciones internacionales de doctrinarios, cuyo objeto consiste en el estudio, difusión y consolidación del DI y de los documentos que emiten. Sobre ellas trataremos al comentar las otras fuentes del DI contemporáneo.

La CtIDH ha hecho referencia en varias oportunidades a diversos doctrinarios para fundamentar sus decisiones o los votos concurrentes de alguno de sus jueces.⁸³

III. Críticas al art. 38 del Estatuto CIJ

Varias han sido las críticas recibidas por este artículo como expresión de las fuentes del DI. Primera, trata a la jurisprudencia internacional y a la doctrina de los juspublicistas como fuentes accesorias de igual jerarquía, mientras que en la práctica las decisiones judiciales poseen un peso muy superior a la doctrina. Segunda, existe discrepancia entre los textos inglés y francés en relación con las dos fuentes mencionadas, en tanto en la versión inglesa ambas son calificadas como medios “subsidiarios”, en la versión francesa se las llama “auxiliares”.⁸⁴ Tercera, el artículo no resuelve la cuestión de la jerarquía de las fuentes del DI, ya que mientras se espera que a partir del mismo un tribunal internacional decida cuestiones basadas en las fuentes que cita, no brinda una solución para un posible conflicto entre ellas. Cuarta, como ya dijimos, la redacción del artículo no refleja ni permite evidenciar la evolución del DI.

IV. Fuentes contemporáneas

IV.1. Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales

Las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (AG ONU en adelante) a diferencia de las Decisiones del Consejo de Seguridad (CS ONU en mas) bajo el art. 25 de la Carta ONU, no son vinculantes para los Estados miembros. No obstante, existente consenso en que ciertas

⁸³ Por ejemplo: CtIDH, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, Serie C No. 63, para. 2, voto concurrente conjunto de los jueces A.A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli; Caso Barrios Altos Vs. Perú, Serie C No. 75, para. 4, 5, 16, 17, 19, 20 y 25.

⁸⁴ “Subsidiario”: se aplica a la acción o responsabilidad que suple y robustece a otra principal. “Auxiliar”: que auxilia o sirve de ayuda o complemento.

Resoluciones aprobadas por la AG reflejan la opinión mayoritaria de los Estados del sistema, mientras que otras que no llegan a una cantidad determinante de votos favorables, son útiles para influenciar el desarrollo progresivo del DI.

Por otra parte, conforme el número de votos positivos obtenidos, las Resoluciones de la AG ONU pueden servir como medio de prueba del DI consuetudinario, tanto como los debates previos a los que dio lugar su aprobación, o el lenguaje utilizado en su redacción.

El árbitro Dupuy en el caso *Texaco v. Libia* (1977) consideró el efecto legal de dos resoluciones de la AG: (i) la Resolución AG 1803 (XVII) Soberanía Permanente sobre los recursos naturales; y (ii) la Resolución AG 3281 (XXIX) Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.⁸⁵ Aún cuando la Resolución 3281 había sido aprobada 12 años después de la primera, con un muy fuerte apoyo de los Estados en desarrollo (120 votos a favor y sólo 6 en contra), Dupuy afirmó que la Resolución 1803 era la que reflejaba el DI consuetudinario. El fundamento de tal decisión consistió en que la Resolución 1803 había contado con el apoyo de los países importadores y exportadores de capital, lo cual evidenciaba el consenso de los Estados. La Resolución 3281 en cambio, no había recibido prácticamente apoyo de los Estados exportadores de capital.

En el caso *Nicaragua v. Estados Unidos*⁸⁶ (1986), la mayoría de la CIJ consideró que la Resolución 2625 (XXV) Declaración sobre los Principios de DI referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta ONU, era prueba del DI consuetudinario. Esta posibilidad de asimilar una resolución de la AG a una norma internacional consuetudinaria que refleja la práctica y la *opinio juris* de los Estados ha suscitado controversia.

IV.2. Equidad

La equidad puede ser incluida dentro de los principios generales de derecho que reconocen los Estados del sistema internacional. La utilización de las doctrinas del estoppel y de la buena fe en decisiones judiciales internacionales ilustran esta afirmación. Aun así, la fórmula de la equidad ha sido utilizada por tribunales internacionales en forma independiente a la mencionada, al estilo de lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llama “margen de apreciación”. Esta última fórmula en el lenguaje de la CIJ recibe el nombre de “circunstancias relevantes” del caso. Aquí lo que se busca es un resultado que vaya de la mano de la justicia en la particular situación en examen. En este sentido, la equidad merece ser diferenciada de la solución *ex aequo et bono* del art. 38, inc. 2 del Estatuto de la CIJ. En el caso *Golfo de Maine* (1984), la CIJ sostuvo que mientras la solución *ex aequo et bono* permitiría al tribunal examinar consideraciones socio-económicas y políticas, la

⁸⁵ *Texaco v. Libia*, 1977, ILR 53, p. 389.

⁸⁶ CIJ, *Nicaragua v. United States case*, Merits, 1986, Rep. 14.

equidad como parte de una decisión legal, impone a la CIJ decidir sobre bases de un razonamiento legal.⁸⁷

IV.3. Actos de organizaciones internacionales

Los actos de las organizaciones internacionales no son mencionados en el art. 38 del Estatuto de la CIJ y sin embargo, contribuyen en gran manera a la formación del DI.

Tanto el soft law, expresado a través de principios guía o de buena conducta, o las relaciones convencionales entre Estados y otros actores del sistema internacional, sirven al propósito del desarrollo progresivo del DI.

Por otra parte, ciertos bloques económicos como la Unión Europea o el MERCOSUR han aprobado la llamada cláusula democrática, a modo de requisito de acceso y permanencia en el bloque. En este sentido, estos actos constituyen una prueba de la costumbre regional dirigida a la elección de un sistema político, que limita la libre determinación de los pueblos como principio del DI.

IV.4. Tratados no vigentes

El contenido de un tratado que aún no se encuentra vigente, si bien no obliga a los Estados, implica ciertas consideraciones respecto de aquellos Estados que lo han firmado y ratificado, desde que los mismos no pueden realizar conductas contrarias al objeto y fines del mismo, conforme lo establece el art. 18 de la CVDT. En este sentido se relaciona con la teoría del estoppel y puede servir además, como pauta de interpretación.

IV.5. Jus cogens

El concepto de *jus cogens* reconocido en la CVDT (1969) y adoptado por la CIJ y demás tribunales internacionales y domésticos, juega un rol fundamental en el desarrollo del DI y en la fijación de límites a la soberanía estatal. Aún así, no es mencionado en el art. 38 del Estatuto CIJ. Al preparar el Proyecto de Artículos sobre el Derecho de los Tratados, la Comisión de Derecho Internacional (CDI en mas) examinó la cuestión de las normas imperativas o perentorias de DI, naciendo el art. 53 de la CVDT:

"... una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Por su parte, el art. 64 de la CVDT remarca la naturaleza evolutiva del concepto: "Si surge una

⁸⁷) CIJ, Gulf of Maine case, Canada v. US, 1984, Rep. 246.

nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará". No obstante, la CVDT no provee una lista de derechos que posean este carácter.

Con posterioridad a su elaboración, y al ocuparse de las normas referidas a la responsabilidad internacional de los Estados por la comisión de hechos ilícitos, la CDI intentó distinguir entre violaciones graves y otras violaciones del DI general. Así, la primera lectura del Proyecto de la CDI de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (art. 19, 1996)⁸⁸, definió los crímenes internacionales como "graves violaciones del *jus cogens*" que servirían como base para un procedimiento criminal e indemnizatorio. Luego mencionaba a los simples "delitos internacionales", que constituirían violaciones ordinarias en el plano internacional, y que en consecuencia, sólo podrían fundar una demanda civil.⁸⁹ Esta división tenía por lógica confirmar que no toda violación de una obligación internacional arroja igual consecuencia. A este fin, la CDI propuso en 1976 varios ejemplos de "violaciones graves":

"(i) de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;

"(ii) de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho de libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o mantenimiento por la fuerza de la dominación colonial;

"(iii) a gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia de la persona humana, como aquellas que prohíben la esclavitud, el

⁸⁸) El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos, con sus comentarios fueron adoptados en su última versión por la CDI en 09/08/2001, A/56/10 y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001. Véase Crawford, James (comp. The International Law Commission" s articles on State Responsibility. Cambridge University Press, 2002; también Derby, Daniel H. "A framework for International Criminal Law", in International Criminal Law, Bassiouni, M. Cherif (ed., Vol. 1 Crimes, p. 47.

⁸⁹) En common law, la palabra "Delict" refiere a un ilícito causado a intereses particulares. El derecho de los "delict" refiere los requisitos para que un daño sea cualificado como tal y los remedios que se brindan a la parte que ha sido víctima del daño. Respecto de la palabra "crime", aun cuando el mismo "crime" pueda producir daños a bienes o personas en lo privado, refiere básicamente actos dirigidos contra el interés público. La conducta criminal que puede ser castigada es referida como crimen ("crime" u ofensa ("an offence" y es perseguida por el estado en un juicio público. El "delict" opera en el derecho civil en tanto los segundos son parte del derecho penal. "All civilised systems agree in drawing a distinction between offences against the State or Community and offences against the Individual, and the two classes of injuries, thus kept apart, I may here, without pretending that the terms have always been employed consistently in jurisprudence, call Crimes and Wrongs, crimina and delicta. Now the penal Law of ancient communities is not the law of Crimes; it is the law of Wrongs, or, to use the English technical word, of Torts. The person injured proceeds against the wrong-doer by an ordinary civil action, and recovers compensation in the shape of money-damages if he succeeds." "...the earliest conception of a crimen or Crime—an act involving such high issues that the State, instead of leaving its cognisance to the civil tribunal or the religious court, directed a special law or privilegium against the perpetrator." Sir Henry Sumner Maine, Ancient Law, its connection with the early history of society and its relation to modern ideas, with an introduction and notes by Sir Frederick Pollock. 4th American from the 10th London edition (New York: Henry Holt and Co., 1906. Chapter X.: The early History Of Delict and Crime. In internet <http://oll.libertyfund.org/title/2001/190147> on 2009-05-28. En Escocia este área del derecho es llamada "Delict" mientras que en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte es llamada "the law of Tort".

genocidio y el apartheid;

“(iv) de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y preservación del ambiente humano, como aquellas que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares”.⁹⁰

Sin embargo, la tesis que finalmente prevaleció afirmó que la distinción entre órbitas "civil y penal" no poseía fundamentos claros en el DIPu, ni tampoco significación operativa, ya que las consecuencias propuestas para ambos tipos de violaciones no diferían.⁹¹ Por esto, el art. 19 fue eliminado en su redacción original, permaneciendo sólo el art. 40 que define una categoría general de "violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas de DI general".

La comunidad internacional no ha logrado consensuar una lista de normas perentorias. La CDI afirmó que de la jurisprudencia de la CIJ se desprenden ciertas normas imperativas, por ejemplo, (i) algunas normas del DIH, en la opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares; y (ii) otras que crean una obligación para la comunidad internacional en su conjunto, por ejemplo el derecho a la libre determinación, como se estableció en Timor Oriental o en la opinión consultiva sobre las Consecuencias Legales de la Construcción de un Muro en los Territorios Palestinos ocupados.⁹²

En el caso **Nicaragua** (1986), la CIJ consideró la prohibición del uso de la fuerza como “un ejemplo conspicuo de una regla de DI que posee el carácter de *jus cogens*”.⁹³

Los derechos humanos y su violación masiva por parte de los Estados poseen un capítulo esencial dentro de las referencias jurisprudenciales al *jus cogens*.

Lauterpacht opinó que el *jus cogens* opera como una concepto superior tanto al DIPu consuetudinario como convencional. En **Aplicación de la Convención sobre Genocidio**⁹⁴ (2007), se discutían los efectos y relación entre el embargo de armas decidido por el CS ONU y el genocidio contra el pueblo de Bosnia Herzegovina, y la pregunta básica del Magistrado Lauterpacht consistió en saber si el embargo decidido por el CS ONU pudo contribuir a la comisión del genocidio al privar de armas a Bosnia Herzegovina. El punto de este razonamiento es enfrentar una norma de DI general -la decisión del CS ONU- con una norma *jus cogens* -la prohibición de

⁹⁰) CDI, Yearbook of the International Law Commission, 1976, Sesión número 22 vol. II (Parte II, Doc. A/CN.4/SER.A/1976/Add.1, Parte 2, pp. 95–96. El art. 19 distingue entre "international crimes" e "international delicts".

⁹¹) Bodansky Daniel y Crook John R., Symposium: The ILC's State responsibility articles introduction and overview, The American Journal of International Law, Vol. 96, p. 784.

⁹²) CIJ, Legality of the Threat or use of nuclear weapons (Advisory Opinion, 1996, 226; East Timor case, Portugal v. Australia, 1995, Rep. 90 y Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, (09/07/2004).

⁹³) CIJ, Nicaragua v. United States case, Merits, (1986).

⁹⁴) CIJ, Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro), Sentencia de 26/02/2007.

genocidio-.

La CIJ ha calificado la gravedad de la violación de las normas internacionales en **Actividades Armadas** en el Territorio del Congo (2005), donde sobre la base de actos de tortura y otras formas de trato inhumano como la destrucción de las casas de la población civil, concluyó que se habían producido “violaciones masivas de derechos humanos”.⁹⁵ También la CIJ refejó el carácter *jus cogens* de la prohibición de genocidio en su sentencia en **Actividades Armadas** en el Territorio de Congo (nueva demanda 2006)⁹⁶, al describir al genocidio como norma perentoria del DI general, aunque sin brindar evidencias. Similar ausencia de fundamentación se observa en otras dos decisiones: el caso Furundzija, fallado por el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia y el caso Al-Adsani, decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos.⁹⁷

La misma CDI mencionada, al comentar el art. 40 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, afirma la prohibición de la tortura como norma *jus cogens*, conforme la define el art. 1 de la Convención temática.⁹⁸ En el caso **Furundzija**, el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (Trial Chamber, 1998) sostuvo que la prohibición de la tortura, afirmada de modo absoluto por el DIPu tanto convencional como consuetudinario, posee el carácter de norma *jus cogens*.⁹⁹ El carácter imperativo de esta prohibición ha sido igualmente confirmado por importantes decisiones judiciales domésticas en los casos Siderman; Al Adsani; Pinochet y Filartiga.¹⁰⁰

La delimitación del *jus cogens* es una necesidad actual y en este punto, la CDI juega un rol esencial. Por eso decidió en 2015 incluir al tema *jus cogens* en su programa de trabajo y nombrar al sr. Dire D. Tladi como Relator Especial.¹⁰¹

⁹⁵) CIJ, Caso Relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda, Sentencia, 19/12/2005, para. 207: “La Corte en consecuencia encuentra ... que violaciones masivas de derechos humanos y graves violaciones del DIH han sido cometidas por la Fuerza Defensa del Pueblo Ugandés FDPU en el territorio de la RPC”.

⁹⁶) CIJ Actividades armadas en el territorio de Congo (Nueva demanda, 2002. República Democrática de Congo v. Rwanda, Jurisdicción y Admisibilidad, 2006. CIJ Rep. 6, p. 32.

⁹⁷) TIPY, Trial Chamber, Furundzija Case, Sentencia 10/12/1998; y the United Kingdom Court of Appeal en Al Adsani v. Government of Kuwait and Others, ILR, vol. 107, 1996, respectivamente.

⁹⁸) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 16/12/1984, art. 1.

⁹⁹) TIPY, Trial Chamber, Furundzija Case, Sentencia 10/12/1998, paras. 137-139, 144 y 160.

¹⁰⁰) Ver United States Court of Appeals, Ninth Circuit, en Siderman de Blake and Others v. The Republic of Argentina and Others, ILR, vol. 103, pp. 455, 471 (1992); the United Kingdom Court of Appeal en Al Adsani v. Government of Kuwait and Others, ILR, vol. 107, p. 536, pp. 540-541 (1996); and the United Kingdom House of Lords en Pinochet, pp. 841 y 881. Finalmente, United States Court of Appeals, Second Circuit, en Filartiga v. Peña-Irala, ILR, vol. 77, p. 169, pp. 177-179 (1980).

¹⁰¹) CDI, Reunión 3257 (mayo de 2015). El objetivo es elucidar cuatro puntos: (i) su naturaleza; (ii) los requisitos para la identificación de una norma como *jus cogens*; (iii) una lista ilustrativa de normas que han alcanzado tal carácter; y (iv) sus efectos.

IV.6. El trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y los Proyectos de tratados y textos adoptados

El DI consuetudinario carece de precisión y en ocasiones es difícil de probar. La idea de su codificación data del Congreso de Viena (1815), cuando los Estados participantes expresaron esta necesidad, comenzando por ciertas áreas de interés prioritario como el régimen legal de los ríos internacionales, la prohibición de la esclavitud y el derecho diplomático. Esta tarea sería continuada por los esfuerzos privados, sobre todo del Instituto de Derecho Internacional y la Asociación de Derecho Internacional, ambos fundados en 1873. Las Conferencias de Paz de La Haya (1899 y 1907) continuaron este proceso, codificando la gran mayoría de las reglas del entonces llamado derecho de la guerra. La Sociedad de Naciones, tras la I guerra mundial continuará estos esfuerzos con un órgano específico: el Comité de Expertos que tuvo por objeto analizar las materias que estuvieran suficientemente maduras para la codificación. Tres cuestiones marcaron el inicio de su actividad: (i) la nacionalidad; (ii) el mar territorial; y (iii) ciertos aspectos de la responsabilidad estatal. Al finalizar la II guerra mundial, la Conferencia de San Francisco (1945) rechazó la posibilidad de crear un órgano con funciones legisferantes. No obstante, se consensuó en la posibilidad de codificar paulatinamente el DI consuetudinario. La AG ONU estableció un Comité encargado de estudiar la cuestión, el cual emitió un Reporte que luego sería la Resolución 174 (II) que crea la CDI. Ésta inicia su trabajo en 1949 seleccionando 14 materias que se estimaron suficientemente maduras para su codificación, lo cual en definitiva constituyó su programa de trabajo a largo plazo.

No sólo la AG sino los Estados miembros de ONU y otras agencias autorizadas pueden referir cuestiones a la CDI para su estudio. Los Principios de Núremberg, la definición de la agresión o el proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la Humanidad nacieron de este modo. Las dos funciones principales de la CDI consisten en la codificación del DI consuetudinario existente y el desarrollo progresivo del DI, lo cual realiza convocando conferencias a fin de regular una cuestión nueva o revisar reglas ya existentes. Al seleccionarse una temática que se supone madura para su codificación, se designa un Relator Especial a fin que elabore un Informe, invitándose a todos los gobiernos a presentar documentos relativos al tema. Su tarea finaliza con la elaboración de un proyecto de artículos con comentarios que es sometido a consideración de la CDI. Una vez que la Comisión llega a un acuerdo sobre el eventual “proyecto de artículos provisionales”, lo envía a la AG ONU y a los Estados para que hagan llegar sus observaciones por escrito, las que son recibidas por el Relator, a fin de preparar un nuevo Informe.

Sobre la base de este Informe y las observaciones de los gobiernos y de la AG se adopta un proyecto final que es enviado a la AG ONU conteniendo una recomendación sobre la acción a seguir. Esta puede consistir en la adopción del Informe en carácter de Resolución, en la conclusión de una Convención, o en la necesidad de convocar a una conferencia internacional a fin de convenir un futuro tratado. Este "proyecto final" enviado a la AG contiene un panorama exhaustivo que prueba en ocasiones el carácter consuetudinario de ciertas conductas estatales. En diversas oportunidades, el trabajo de la CDI ha sido citado en decisiones de la CIJ, tanto por parte de la mayoría como en opiniones en disidencia, a fin de argumentar en favor de la existencia de una costumbre internacional, e incluso de aquellas normas consuetudinarias que han adquirido el carácter de *jus cogens*.

El punto central consiste en decidir si más allá de servir como prueba o confirmación de la existencia de una costumbre internacional, el trabajo de la CDI en su faz de desarrollo progresivo del DI, puede ser considerado una fuente del mismo. Según algunos, los Proyectos de Tratados adoptados por la CDI entrarían dentro del concepto de doctrina de los juspublicistas reconocidos. No obstante, los criterios consensuados que estos documentos mayormente presentan, junto con la jerarquía y el conocimiento de quienes han participado en su redacción, hace que merezcan ser considerados de manera independiente como una fuente autorizada de DI. Entendemos que este material elaborado por la CDI sí constituye una fuente de DI ya que ésta es un órgano de carácter permanente que lleva décadas analizando y discutiendo determinadas cuestiones, y elaborando conclusiones que sintetizan los principales comentarios y observaciones efectuados por los Estados. En este sentido, su práctica es más amplia y constante que la de cualquier tribunal internacional que sólo interviene a pedido de las partes y en situaciones determinadas.

IV.7. El soft law

Bajo la denominación de *soft law* suelen incluirse declaraciones, directrices y principios no vinculantes, elaborados por organismos y agencias internacionales.¹⁰²

La influencia del derecho no vinculante ha ido en aumento tanto respecto del desarrollo progresivo del DI, como en cuanto a la conducta de sujetos y actores del DI. Sus ventajas son evidentes: permite a los Estados participar de la creación de nuevas reglas sin la necesidad de incorporar las mismas a su derecho doméstico. En áreas tales como el medio ambiente internacional, el gradualismo normativo deviene fundamental. En ocasiones, los mismos actores privados afirman

¹⁰² Véase Colmegna, Pablo D., Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja" - Año VI, No. 8, 2012.

sus conductas globales respetuosas de estándares ambientales, en forma de principios o guías de acción, independientemente de estándares menores que puedan existir en los derechos positivos domésticos de los Estados donde actúan. Como afirma Mazuelos Bellido,

*“el examen de las recomendaciones de las organizaciones internacionales no debe detenerse en la constatación de su carencia de fuerza obligatoria (...). Su verdadero problema estriba en la determinación de sus efectos jurídicos más allá de la imposibilidad de crear obligaciones jurídicas inmediatas.”*¹⁰³

V. Conclusiones

Las fuentes tradicionales del DIPu (costumbre y convención) reconocen su existencia en la exclusiva voluntad estatal. Las decisiones arbitrales y jurisprudenciales han confirmado al resolver los conflictos interestatales, que la voluntad de los Estados dirigida a consolidar sus propios intereses era la única fuente de producción de normas en el sistema internacional clásico.

Cuando la corriente cambia con el surgimiento de límites concretos al accionar estatal, la voluntad de los Estados se expresa de manera ambigua respecto de estos límites. Por un lado, los acepta al aprobar declaraciones y tratados que reconocen tales límites a la soberanía estatal. No obstante, por otro lado, son los mismos Estados quienes impiden la promoción y protección de derechos humanos.

Desde una visión humanista que reconocemos como prioritaria, afirmamos el enfoque finalista del DI fundado en los derechos y la búsqueda del bienestar del ser humano y de los pueblos. Simplemente porque éstos trascienden a los Estados y sus gobiernos. El nacimiento y desarrollo del DI transcurrió a partir de la voluntad Estatal dirigida a ordenar el caos de un sistema internacional anárquico. No obstante, hoy el DI se propone conseguir algo más que el orden internacional y la solución pacífica de controversias. La teoría de los derechos humanos nacida para limitar la soberanía estatal, hoy la complementa y cualifica. De esta manera junto con las fuentes tradicionales enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la CIJ, aceptamos la existencia del *soft law* que se presenta en forma de normas auto-regulatorias o de buena práctica. También del efecto vinculante de variadas Resoluciones de la AG ONU que protegen derechos de la persona, del ambiente y de los pueblos y son votadas por la gran mayoría de los Estados miembros. Los Informes de la CDI y de otros organismos con autoridad en la materia, como la International Law Association y el Institut de Droit International sirven también a fin de revelar una práctica general y obligatoria. Finalmente, la consolidación de ciertas normas de DI consuetudinario como parte del

¹⁰³) Mazuelos Bellido Ángeles, *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 8, 2004, p. 7. En internet www.reei.org/.

jus cogens, implica ciertamente trascender el interés de los Estados y comenzar a delimitar una esfera de legalidad internacional que aisle al Estado que actúa fuera de tales límites.

Estas fuentes nuevas y olvidadas constituyen los cauces que permiten fluir las normas e institutos protectorios del ser humano en el contexto de un sistema diseñado por y para los Estados. Todas intentan en la medida de las consecuencias jurídicas que les son reconocidas, limitar el poder estatal a fin de proteger a la persona humana. Constituyen por esto, fuentes del DI de los derechos humanos, del DI humanitario, del DI Penal y del DI de los Refugiados.

Nace así un sistema internacional protectorio de la persona humana y de los pueblos.

FOR AUTHOR USE ONLY

FOR AUTHOR USE ONLY

“La violencia es el miedo a los ideales del otro”.

Mahatma Gandhi

Mohandas Karamchand Gandhi (1869-1948) se cuenta entre los grandes personajes que, con su pensamiento y acción, cuestionaron y llegaron a alterar el *establishment* político e ideológico del siglo XX. Fue el referente de todo tipo de movilizaciones contra la injusticia. Para comprender su influencia basta recordar que fue el modelo inspirador de líderes y activistas como Martin Luther King o Nelson Mandela. En un país en que la política era sinónimo de corrupción, Gandhi introdujo la ética en la vida pública a través de la palabra y el ejemplo.

Existen poderes arbitrarios y abusivos. Hay leyes injustas y personas condenadas a vivir indignamente desde su mismo nacimiento. Contra todo esto luchó Gandhi, pero a diferencia de sus antecesores, tan sólo utilizó la fuerza de sus convicciones. Su idiosincrasia lo ha convertido en apóstol de la no violencia como un caso único entre los revolucionarios de todos los tiempos, y en el más admirado de los líderes espirituales modernos.

Dijo de él Einstein: “quizá las generaciones venideras duden alguna vez de que un hombre semejante fuese una realidad de carne y hueso en este mundo”.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Naciones Unidas, órganos y principios del derecho internacional

Nicolás MEDEL

I. La Organización de las Naciones Unidas

Sin dudas la ONU es el mayor logro de la comunidad internacional no solo por su alto valor en la labor y la cooperación internacional, sino como organismo dedicado al mantenimiento de la paz y la seguridad colectiva. Las Naciones Unidas adquirieron existencia oficial el 24 de octubre de 1945, al quedar ratificada la Carta por China, los Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética -los cinco grandes ganadores de la Segunda Guerra Mundial y miembros permanentes del CS, y la mayoría de los demás Estados signatarios. Cuenta hasta el momento (2020) con 193 Estados miembros plenos, siendo el último en incorporarse la República de Sudán del Sur, y de dos Estados en calidad de Observadores permanentes, a saber, la Santa Sede y el Estado de Palestina.

La Carta ONU es el instrumento que constituye la organización, determinando derechos y obligaciones de los Estados miembros y estableciendo órganos y procedimientos mediante los cuales se podrían cumplir los objetivos fundantes. En sí misma, la Carta es un tratado internacional que no hace sino codificar los principios fundamentales de las relaciones internacionales, desde la igualdad soberana de los Estados hasta la prohibición de la fuerza en las relaciones internacionales y los Derechos Humanos que deben ser reconocidos y respetados para todos los hombres que habitan el planeta.

En consideración a su estructura, la Carta comienza con un Preámbulo y contiene secciones que tratan sobre los Propósitos y Principios, los Miembros, los órganos, el arreglo pacífico de controversias, la acción a tomarse en casos de amenazas, quebrantamientos a la paz o actos de agresión la cooperación internacional, tanto económica como social y, por último, el tratamiento brindado a los territorios no autónomos.

II. Carta de las Naciones Unidas

II.1. Características: jerarquía

La Carta de la ONU es un tratado internacional, es decir, un acuerdo de voluntades celebrado entre sujetos de DI, con el objeto de crear derechos y obligaciones. De acuerdo con la definición que da el Art.2.1 inciso a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969:

"se entiende por 'tratado' 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".

Dentro de la clasificación de los tratados, la Carta se ubica, en razón del número de Partes contratantes, dentro de los tratados *multilaterales*, pues participan en ella mucho más de dos sujetos; también se trata de un tratado *semicerrado*, pues los Estados que no son partes pueden llegar a serlo a través de un procedimiento particular; por su función corresponde incluirla dentro de los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, porque establece un nuevo sujeto distinto de sus miembros, en este caso, la Organización de las Naciones Unidas.

Es decir, la Carta es un tratado internacional constitutivo de una organización internacional, pero de una muy particular, pues la ONU es la única organización internacional con vocación universal y competencia general, es decir, que está abierta a todos los Estados del mundo y que puede tratar cualquier tema de la agenda global.

Las demás organizaciones de carácter universal, varias de ellas organismos especializados de las Naciones Unidas, tienen competencias específicas, y las demás organizaciones con competencia general tienen una composición limitada.

La especial naturaleza de la Carta, que la pone, conforme al Art.103¹⁰⁴ en un nivel superior al de otros tratados, ha llevado a sostener a algunos autores que se trata de la "Constitución de la comunidad internacional". Tal afirmación, dadas las grandes limitaciones de la Organización y del sistema creado por la Carta, no considero que sea ajustada al grado actual de desarrollo del DI. La Carta es un tratado internacional, particular y con una naturaleza *sui generis*, pero tratado al fin.

¹⁰⁴) Art. 103: "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."

II.2. Preámbulo: importancia y valor jurídico

El Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas es la expresión máxima de los ideales y los propósitos comunes de todos los pueblos cuyos gobiernos se han unido para constituir la organización:

“...preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del DI, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, ya emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todas las pueblos...”

El preámbulo es parte integral de la Carta de la ONU y como tal, no carece por completo de valor jurídico debido a que es necesario para una correcta interpretación de las cláusulas convencionales de un tratado internacional.¹⁰⁵

A pesar de ello, la CIJ ha indicado que el preámbulo contiene la base moral y política de las disposiciones jurídicas que lo siguen y que, como tales, no constituyen reglas de derecho.¹⁰⁶ Es decir, si bien tiene la misma validez jurídica que el resto del articulado, carece de obligatoriedad. No obstante, es necesario destacar que una parte del Preámbulo sí es obligatoria, la referente a la denominación de la Organización, como homenaje al Presidente de los Estados Unidos de América, Franklin D. Roosevelt, quien así llamó a los aliados en la guerra contra las Potencias del Eje.

II.3. Propósitos

En el art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas se establecen los propósitos que no son otra cosa que los fines y objetivos que la organización debe tener en cuenta para su realización, constituyendo de esta manera, la razón de ser de la Organización.

II.3.a. Mantenimiento de la Paz y Seguridad internacionales. El objetivo prioritario y esencial

¹⁰⁵) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, art. 31.

¹⁰⁶) Casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica), CIJ, 18/07/1966, ICJ Reports 1966, pág. 34.

de las Naciones Unidas es mantener la paz y seguridad colectiva, los demás propósitos están orientados en función de él.

El calificativo de “internacionales” se refiere a que la Organización no pretende inmiscuirse en los conflictos internos (Art. 2.7), excepto que pongan en peligro la paz internacional. El propio párrafo se encarga de decirnos cómo se mantendrá la paz: tomando medidas colectivas para prevenir y eliminar amenazas y quebrantamientos a la paz (Cap. VII) y lograr por medios pacíficos el arreglo de controversias (Art.2.3 y Cap. VI).

II.3.b. Fomento de las relaciones entre los Estados. Este propósito alude al fortalecimiento de las relaciones de amistad entre los Estados que es una de las formas de mantener la paz, la cual se manifiesta en especial en la cooperación en el ámbito político y en el arreglo de aquellas situaciones que puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones. Ello se basa en dos principios: la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos.

II.3.c. Cooperación internacional. Este objetivo se persigue en el vasto terreno de las cuestiones económicas, sociales, culturales o humanitarias y del respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin discriminación.

Se trata, en definitiva, de cooperar para el progreso, es decir, el incremento del bienestar de la población de cada Estado.

Es interesante la utilización de la palabra “cooperación”, pues ello habla de un profundo respeto a la soberanía de los Estados, para lo cual siempre se requerirá su consentimiento, por tratarse de materias que hacen a los asuntos internos de cada Estado. Esta cooperación se manifiesta de dos formas: por un lado, las materias enumeradas en forma ejemplificativa en el artículo y el respeto de los derechos humanos, sin hacer distinciones.

II.3.d. Armonización de los esfuerzos para alcanzar los propósitos comunes. Este propósito tiene como finalidad el de convertir a las Naciones Unidas en un foro o centro armonizador de los esfuerzos desplegados por los Estados para el logro de los demás Propósitos.

Se trata, de un objetivo instrumental, y lógica consecuencia de los demás, ya que establece cómo y dónde se deben alcanzar los demás propósitos: armonizando los esfuerzos dentro de la propia Organización.

II.4. Principios

Los principios son las grandes líneas directrices, el marco general de obligaciones, las pautas de

conducta que orientan la actuación de los órganos y de los miembros de las Naciones Unidas.

Estos principios han sufrido con el transcurso del tiempo una doble ampliación: vertical y horizontal. Vertical pues la mayor parte de ellos se ha convertido en principios fundamentales del DI y, horizontal, porque se ha desarrollado y ampliado su contenido.

En esta ampliación ha resultado de suma importancia la resolución 1514, 1541 y 2625 (XXV) de la AG. Esta última titulada “Declaración sobre los principios de DI referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, no sólo desarrolla los principios del Art. 2 de la Carta, sino que incluye otros como el de no intervención y el de la libre determinación de los pueblos.

La misma resolución 2625 se encarga de decir:

“Los principios de la Carta incorporados en la presente declaración constituyen principios básicos de Derecho Internacional y, por consiguiente, insta a todos los Estados a que se guíen por esos principios en su comportamiento internacional, y a que desarrollen sus relaciones mutuas sobre la base del estricto cumplimiento de esos principios”.

II.4.a. Igualdad soberana de los Estados. La igualdad a la que se refiere el párrafo es de derecho, no de hecho, el propio Preámbulo reconoce que hay “naciones grandes y pequeñas”, lo cual significa que, dentro de la Organización, todos los miembros tienen los mismos derechos.

Sin embargo, lo establecido en los Arts. 23.1, la existencia de miembros permanentes del CS como se verá más adelante, 27.3, el derecho de veto de los miembros permanentes y, 108, la necesidad de la ratificación de los miembros permanentes para la reforma de la Carta parece ir en contradicción con este párrafo.

La norma también nos introduce la noción de soberanía, en el sentido de que los Estados no la pierden al ingresar en la Organización, y que esta no es una especie de “Superestado” o “Gobierno Mundial”.

II.4.b. Buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales implica actuar con rectitud y honestidad, en respeto a la confianza que ha sido depositada por la/s contraparte/s, si se trata de obligaciones nacidas de un tratado, o en respeto a la comunidad internacional, si se trata de obligaciones de otras fuentes.

El principio ha sido receptado en la Resolución 2625 (XXV), al establecer el deber de todo Estado de cumplir de buena fe: *“las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta”, “las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional*

generalmente reconocidos”, “las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionalmente válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”, y en el Art. 26 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

La buena fe constituye un límite a la discrecionalidad de los Estados y opera pese a la redacción del artículo, no sólo en el cumplimiento de sus obligaciones, sino también en el ejercicio de sus derechos, el cual no debe ser abusivo.

II.4.c. Arreglo pacífico de las controversias internacionales. Una controversia surge cuando un sujeto internacional hace valer ante otro una reclamación concreta basada en un incumplimiento de una obligación y la parte a la que va dirigida la rechaza.

Es claro que se refiere a las controversias “internacionales”, es decir, entre sujetos internacionales, no sólo los Estados, sino también las organizaciones internacionales, lo cual excluye, en principio a los conflictos internos.

II.4.d. Prohibición de la Amenaza o del uso de la fuerza. Este principio es tratado de manera particular en el capítulo 9 de esta obra.

II.4.e. Asistencia a la organización de las Naciones Unidas. Este principio, genera dos tipos de obligaciones para los Estados. Una obligación de hacer: prestar ayuda en cualquier acción que la Organización ejerza y que la misma Carta especifica en varias normas, Arts.48 y 49 en el caso del mantenimiento de la paz o Art. 56 para la cooperación para el desarrollo; y una obligación de no hacer: abstenerse de prestar ayuda a un Estado contra el cual se ejerza una acción preventiva o coercitiva. El fundamento de esta última obligación radica en que es necesaria la cooperación de los Miembros para dotar de real eficacia a las decisiones de los órganos, pues no se debe olvidar que, dada la relativa falta de coacción en el sistema, el mismo se basa en la cooperación.

II.4.f. Autoridad de la ONU sobre los Estados no miembros. Este principio carece en la actualidad de importancia práctica, desde el momento en que casi todos los Estados soberanos del mundo están representados en la Organización, pero fue aplicado en muchísimas ocasiones, como muestra de la vocación universal y la razón de ser de la Organización. Constituye una excepción a lo establecido en el Art. 34 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: *“Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”* ya que se estarían aplicando las disposiciones de la Carta a Estados que no la han aceptado.

La norma va dirigida a los “Estados que no son miembros”, más los principios les serán aplicados con un límite, que el propio artículo establece: *“en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales”*.

II.4.g. Excepción de la jurisdicción interna de los Estados. Este principio, denominado como la excepción de la jurisdicción interna de los Estados, no debe ser confundido con el principio de la no intervención, que reúne características diferentes.

El primero se fundamenta en la existencia de una esfera de materias en las que, en virtud de la soberanía estatal, no puede penetrar la actuación de los órganos internacionales. Tal es así, que la prohibición del párrafo va dirigida a la Organización, no a los Estados, mas esta prohibición reconoce una excepción: las medidas tomadas en virtud del Cap. VII de la Carta.

En la práctica de la Organización, fueron muchos los Estados que se valieron del principio para evitar que se trataran algunas cuestiones. Sin embargo, se ha considerado que la intervención de la Organización sería legítima si se tratara de asuntos regidos por el DI a consecuencia de las obligaciones contraídas por los Estados con relación a la Carta, o incluso de temas relativos a los derechos humanos.

II.4.h. Los principios incorporados por las Resoluciones 1514, 1541 y 2625. A partir de 1945 se produjeron importantes cambios políticos, económicos y sociales que dividieron al mundo en bloques ideológicamente enfrentados por lo cual se inició un proceso de revisión de los principios desarrollados precedentemente, que concluyó con la adopción de las Resoluciones 1514, 1541 y 2625¹⁰⁷ por parte de la Asamblea General de la ONU en 1960, las dos primeras y en 1970, la tercera. A través de la Resolución 2625, denominada “Declaración relativa a 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”, se enfatizaron, revisaron y actualizaron los principios originales del Art. 2 de la Carta y se incorporaron tres nuevos:

- (i) Principio relativo a la obligación de los Estados de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna y externa de los Estados;
- (ii) La obligación de los Estados de cooperar entre sí; y
- (iii) Principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos.

(i) Principio de no intervención. La Asamblea General de las Naciones Unidas se ocupó de manera directa en dos oportunidades de este principio a través de la Resolución 2131 (XX) y la

¹⁰⁷) Resolución A/RES/2625 (XXV), 24/10/1970.

Resolución 2625 (XXV). Ambas resoluciones desarrollan la no intervención en el plano de Estado a Estado convirtiéndose en normas consuetudinarias, no solo por la aceptación de sus textos sino porque así lo ha indicado la Corte Internacional de Justicia en el caso de Nicaragua vs. Estados Unidos.

Remiro Brotóns define la intervención como un acto por el cual un Estado, o grupo de Estados se entromete por vía de autoridad en los asuntos de la jurisdicción doméstica de otro Estado para imponerle un comportamiento determinado¹⁰⁸. Consiste en la obligación de los Estados de no inmiscuirse, directa ni indirectamente, en los asuntos internos o externos de otro con el propósito de modificar la voluntad de este último y lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos u obtener de él ventajas de otro orden.

Bajo el título de “El principio relativo a la obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados” la Declaración de 1970 dice:

“Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho de intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada sino también cualesquiera formas de injerencia o de amenaza atentatoria contra la libertad del Estado o de los elementos políticos, económicos o culturales que lo constituyen, son violaciones del derecho internacional. Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole, para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden. Todos los Estados deberán también abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, terroristas o subversivas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado y de intervenir en la guerra civil de otro Estado, el uso de la fuerza para privar a los pueblos de su identidad nacional constituye una violación de sus derechos inalienables y del principio de no intervención. Todo Estado tiene el derecho inalienable de elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado”.

(ii) Principio de Cooperación. Este principio es el desarrollo del tercer propósito de la Organización de las Naciones Unidas ya que la Resolución 2625 lo concibe como una obligación de carácter universal, haciéndolo extensiva a cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la promoción y protección de los Derechos Humanos, el progreso en temas de cultura y educación, a la esfera de la ciencia y la tecnología, entre otros.

La obligación de cooperar entre los Estados se encuentra estrechamente ligada a todo el desarrollo del derecho internacional siendo una consecuencia directa de la interdependencia entre los Estados. Independientemente de las diferencias que los Estados presenten en cuanto a sus sistemas políticos, económicos, sociales y culturales, tienen el deber de cooperar entre sí.

¹⁰⁸) Remiro Brotóns, Antonio y otros, Derecho Internacional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 138.

(iii) Principio de igualdad y libre determinación de los pueblos. El principio de la libre determinación de los pueblos constituye el derecho de los pueblos a determinar qué tipo de régimen político, económico y social consideran más apropiado para darse a sí mismos. Esto ha manifestado la Corte Internacional de Justicia en reiteradas oportunidades como el caso del Sahara Occidental, Timor Oriental, Namibia, entre otros.

En la Carta de las Naciones Unidas la libre determinación de los pueblos no es considerado un principio, sino que es presentado como un postulado político, prueba de ello es que en el art. 1 se lo menciona como un propósito. Sin embargo, es en el seno de esta institución donde el principio de libre determinación se forja decididamente como un derecho de los pueblos coloniales. De esta manera, a través de las Resoluciones 1514 y 1541 la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció las bases de este derecho, dando fundamento legal al proceso de descolonización.

El art. 2 de la Resolución 1514 dice: *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*. El texto de este artículo es reforzado por uno de similar valor en la Resolución 2625 (XXV) poniéndolo en términos de corto plazo a través del art. 3¹⁰⁹ y protegiendo este derecho de los pueblos a través del art. 4¹¹⁰. Sin dudas, este principio, mediante la uniforme, constante e intensa práctica de las Naciones Unidas se ha transformado en una norma consuetudinaria. Debemos de esta manera analizar cuál es el alcance de este importante principio, el cual solo es aplicable a los pueblos coloniales, descartando la aplicación de este derecho a las minorías dentro de un Estado. Prueba de ello es lo establecido en la Resolución 1541, cuando define cuales son los pueblos habilitados para el ejercicio de la autodeterminación: “geográficamente separado y étnicamente o culturalmente distinto del país que lo administra”. Concepto que fuera reafirmado por la Resolución 2625.

Con estas disposiciones se quiso evitar que, mediante una declaración del Estado administrador de que el territorio no autónomo de que se tratare es una parte integrante de su propio territorio, se transformara el asunto de su libre determinación en una cuestión de derecho interno y por ende fuera del alcance de la acción de Naciones Unidas, aplicándose de esta manera el principio de no intervención en los asuntos internos de un Estado.

Los pueblos de los territorios no autónomos pueden optar, en ejercicio de la libre determinación, no

¹⁰⁹ Art. 3: La falta de preparación en el orden político, económico, social o educativo no deberá servir nunca de pretexto para retrasar la independencia.

¹¹⁰ Art. 4: A fin de que los pueblos dependientes puedan ejercer pacíficamente y libre mente su derecho a la independencia completa, deberá cesar toda acción armada o toda medida represiva de cualquier índole dirigida contra ellos, y deberá respetarse la integridad de su territorio nacional.

sólo por la independencia, sino también por la asociación o la integración con un Estado soberano. También pueden adquirir cualquiera otra condición política libremente decidida por el pueblo.

Para asegurar su libre determinación, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas separan la condición jurídica del territorio colonial y metropolitano. Al no pertenecer a su soberanía, el Estado colonizador debe respetar la integridad del territorio colonial, y tiene a su respecto el deber de no intervención, de no hacer uso ni amenaza de la fuerza y el territorio puede pedir y recibir apoyos externos de conformidad con los Propósitos y Principios de la Carta.

II.5. Miembros

Ser Miembro de la ONU supone gozar de todos los derechos y estar sometido a todas las obligaciones que surgen de la Carta.

La Carta clasifica a los miembros en originarios y admitidos, aunque no consagra ningún tipo de diferencia en cuanto a sus derechos y obligaciones, a excepción de los miembros permanentes del CS. Los miembros originarios son 51: los 50 participantes de la Conferencia de San Francisco y Polonia, que pese a no haber participado era firmante de la Declaración de las Naciones Unidas de 1942.

En dos oportunidades ha tenido una aplicación práctica este artículo. En 1961, cuando Siria, quien se había fusionado en 1958 con Egipto en un único Estado, la República Árabe Unida, solicitó, tras separarse de Egipto, su reincorporación a la Organización, invocando su calidad de miembro originario¹¹¹, y evitando así el procedimiento del Art.4.

Una situación similar ocurrió en 1991, tras la disolución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, ya que tanto Ucrania como La República de Belarús eran miembros originarios, por lo cual no tuvieron que presentar su solicitud de admisión como debieron hacer las otras ex-repúblicas soviéticas.

El art. 4¹¹² de la Carta hace referencia a los miembros admitidos, para los cuales fija cinco requisitos, uno objetivo y cuatro subjetivos, y un procedimiento complejo, ya que intervienen dos órganos, el CS y la AG.

El requisito objetivo es ser un Estado, es decir, reunir los cuatro caracteres constitutivos de tal situación: territorio, población, gobierno y soberanía.

¹¹¹) Tras celebrar algunas consultas con los miembros y no encontrar objeciones, el Presidente de la AG comunicó el 2 de septiembre de 1961 que se habían "tomado las medidas necesarias y la República Árabe Siria ha ocupado ya su asiento en esta sala como Miembro de las Naciones Unidas, con todos los derechos y obligaciones inherentes a tal situación".

¹¹²) Art. 4: 1. Podrán ser Miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo. 2. La admisión de tales Estados como Miembros de las Naciones Unidas se efectuará por decisión de la AG a recomendación del CS.

En cuanto a los requisitos subjetivos, el primero es ser amante de la paz, término que trajo algunas polémicas en la época de la Guerra Fría, ya que la Carta no define qué debe entenderse por “amante de la paz”, aunque en la actualidad esta expresión carece de la relevancia que se le asignó en aquellos tiempos; aceptar las obligaciones de la Carta y estar capacitado para cumplir esas obligaciones, requisitos subjetivos que deberán ser evaluados por los órganos competentes; y, por último, estar dispuesto a cumplirlas, requisito también subjetivo. Estas son las únicas condiciones de admisión que la Carta impone a los Estados que deseen ser miembros.

En cuanto al procedimiento de admisión, requiere la intervención de dos órganos, por lo cual el ingreso de un nuevo miembro se realiza por decisión de la AG a recomendación del CS. Los arts. 5 y 6 de la Carta ONU prevén la suspensión y expulsión de un Miembro por parte de la organización, respectivamente.

Podrán suspenderse los derechos y privilegios a los miembros, pero no sus obligaciones. El requisito exigido es que el miembro que sea suspendido haya sido objeto de acción preventiva o coercitiva por parte del CS, ya que es el único capacitado para ello conforme el Capítulo VII de la Carta. Es el Consejo quien podrá restituirlo eventualmente a su calidad de miembro. El artículo no se ha aplicado nunca en la práctica de las Naciones Unidas, aun cuando fue invocado por varios Estados¹¹³.

En cuanto a la expulsión de un Miembro, la condición que exige el art. 6 es que el miembro que vaya a ser expulsado haya violado repetidamente los principios de la Carta, es decir, no se requiere que el Consejo haya tomado medidas como se prevé para la suspensión, por lo cual se dice que ésta es una sanción autónoma, a diferencia de la del Artículo 5 que es complementaria. Tampoco para este supuesto hay ejemplo de dicha medida en la práctica de la Organización.

II.6. Modificación de la Carta

La reforma a la Carta de las Naciones Unidas está prevista en el art. 108¹¹⁴, el cual no pone condiciones ni estipula qué partes podrán ser reformadas, por lo que se entiende que la totalidad de la Carta es susceptible de ser modificada.

¹¹³ Fue invocado contra Portugal en relación a la situación en los territorios bajo administración portuguesa; contra Israel por la situación en los territorios árabes ocupados, la cuestión de Palestina y la situación en Oriente Medio; contra Sudáfrica por persistir en su política de apartheid y por su abierta actitud de desafío a las decisiones del CS y las resoluciones de la AG.

¹¹⁴ Art. 108: Las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los Miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la AG y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del CS.

Lo que el artículo sí establece es el procedimiento que ha de seguirse para la reforma, sobre lo cual se imponen algunas consideraciones. En primer lugar, es necesario distinguir el proceso de adopción de las reformas, del proceso de ratificación de las mismas.

La adopción está a cargo de la AG, quien deberá adoptar las reformas por el voto de las dos terceras partes de sus miembros. La fase de ratificación queda a cargo de los Estados Miembros, conforme a sus respectivos procedimientos constitucionales, que serán los mismos establecidos para la ratificación de cualquier tratado.

Para la entrada en vigor de la reforma se necesitan las ratificaciones de dos tercios de los miembros, incluyendo todos los miembros permanentes del CS.

III. Estructura institucional: órganos principales de la ONU

El art. 7 de la Carta ONU¹¹⁵ establece seis órganos principales: la Asamblea General, el CS, la Corte Internacional de Justicia, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria y la Secretaría.

Sin embargo, el sistema de las Naciones Unidas es mucho más amplio, pues comprende numerosos organismos especializados, programas y fondos, además de otras entidades.

III.1. Asamblea General

La [Asamblea General](#) es el principal órgano deliberativo de las Naciones Unidas. En ella están representados todos los Estados Miembros, cada uno con un voto.

Las votaciones sobre asuntos importantes, como los relacionados con la paz y la seguridad, el ingreso de nuevos Miembros y las cuestiones presupuestarias, se deciden por mayoría de dos tercios. Las demás cuestiones, consideradas secundarias, por mayoría simple.

III.1.a. Funciones y poderes. La Carta asigna a la AG las siguientes funciones y poderes:

- (i) considerar los principios de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, incluso los principios que rigen el desarme y la regulación de los armamentos, y hacer recomendaciones al respecto.
- (ii) discutir toda cuestión relativa a la paz y la seguridad internacionales y, salvo en casos en que el CS esté examinando una controversia o situación, hacer recomendaciones al respecto.
- (iii) tratar y, con la misma salvedad, hacer recomendaciones sobre cualquier cuestión dentro de los límites de la Carta o que afecte a los poderes o las funciones de cualquier órgano de las Naciones

¹¹⁵/Art. 7: 1. Se establecen como órganos principales de las Naciones Unidas: una AG, un CS, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una CIJ y una Secretaría. 2. Se podrán establecer, de acuerdo con las disposiciones de la presente Carta, los órganos subsidiarios que se estimen necesarios.

Unidas.

(iv) promover estudios y hacer recomendaciones para fomentar la cooperación política internacional, impulsar el DI y su codificación, ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, y fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario.

(v) recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualquier situación, sea cual fuere su origen, que pueda perjudicar las relaciones amistosas entre las naciones.

(vi) recibir y considerar los informes del CS y de los demás órganos de las Naciones Unidas.

(vii) examinar y aprobar el presupuesto de las Naciones Unidas y fijar las cuotas de los Miembros.

(viii) elegir a los miembros no permanentes del CS, a los miembros del Consejo Económico y Social y, si fuera necesario, a nuevos miembros del Consejo de Administración Fiduciaria; elegir, con el CS, a los magistrados de la Corte Internacional de Justicia; y, por recomendación del CS, nombrar al Secretario General.

En 1950 la AG aprobó la resolución “Unión pro paz”, mediante la cual puede tomar medidas si el CS, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, no las toma en aquellos casos de amenaza a la paz, quebrantamiento de esta o actos de agresión.

La Asamblea está facultada para considerar el asunto inmediatamente con el fin de recomendar a los miembros la adopción de medidas colectivas, incluido el empleo de la fuerza armada, en casos de quebrantamiento de la paz o de actos de agresión, si fuera necesario para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

III.1.b. Períodos de sesiones. El período ordinario de sesiones de la AG empieza cada año el tercer martes de septiembre. La elección del Presidente de la Asamblea, así como la de sus veintidós vicepresidentes y de los presidentes de sus seis Comisiones Principales, tiene lugar al menos tres meses antes del comienzo del período ordinario de sesiones.

Para que todas las regiones estén representadas equitativamente, la presidencia de la Asamblea rota anualmente entre cinco grupos de Estados: los de África, Asia, Europa Oriental, América Latina y el Caribe, y Europa Occidental y otros Estados.

Cada período ordinario de sesiones de la Asamblea empieza con un debate general, en el que a menudo intervienen Jefes de Estado o de Gobierno y en el que los Estados Miembros expresan su opinión sobre los problemas internacionales más acuciantes.

La Asamblea puede reunirse también en períodos extraordinarios de sesiones a petición del CS, de una mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas o de un Miembro si la mayoría está de

acuerdo. Hay, además, períodos extraordinarios de sesiones de emergencia; estos pueden convocarse a las veinticuatro horas de haberse recibido una solicitud del CS, aprobada por el voto de nueve de sus Miembros, o por una mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas, o por un Miembro si la mayoría está de acuerdo.

La labor cotidiana de las Naciones Unidas responde primordialmente a los mandatos emanados de la AG, que reflejan la voluntad de la mayoría de los Miembros expresada en las resoluciones y decisiones aprobadas por la Asamblea. Esa labor es realizada:

- (i) por comisiones y otros órganos establecidos por la Asamblea para estudiar asuntos específicos, como el desarme, el mantenimiento de la paz, el desarrollo y los derechos humanos, e informar sobre ellos;
- (ii) en conferencias internacionales convocadas por la Asamblea y por la Secretaría de las Naciones Unidas, es decir, el Secretario General y los funcionarios internacionales bajo su mando.

La mayoría de las cuestiones planteadas se examinan luego en las seis Comisiones Principales de la Asamblea.¹¹⁶ Si bien algunas cuestiones se examinan directamente en sesiones plenarias, la mayoría se asigna a una de las seis Comisiones Principales.

Las resoluciones y las decisiones, incluidas las recomendadas por las Comisiones, pueden ser aprobadas en sesiones plenarias, por lo general antes de que en diciembre entre en receso el período ordinario de sesiones.

La AG suele aprobar sus resoluciones y decisiones por mayoría de los Miembros presentes y votantes. Las cuestiones importantes, como las recomendaciones relativas a la paz y la seguridad internacionales, la elección de miembros de algunos órganos principales y los asuntos de presupuesto, se deciden por mayoría de dos tercios.

A pesar de que los gobiernos no están obligados jurídicamente a cumplir con las decisiones de la Asamblea, estas tienen el peso de la opinión pública mundial y la autoridad moral de la comunidad internacional.

III.2. Consejo de Seguridad

El [Consejo de Seguridad](#) de las Naciones Unidas tiene como responsabilidad primordial, conforme lo establece la Carta, mantener la paz y la seguridad internacionales.

¹¹⁶ Primera Comisión (Comisión de Desarme y Seguridad Internacional); Segunda Comisión (Comisión de Asuntos Económicos y Financieros); Tercera Comisión (Comisión de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales); Cuarta Comisión (Comisión de Política Especial y de Descolonización); Quinta Comisión (Comisión de Asuntos Administrativos y de Presupuesto); Sexta Comisión (Comisión Jurídica).

El Consejo tiene quince miembros, los cuales cinco son permanentes: la República Popular China, los Estados Unidos de América, la Federación de Rusia, la República de Francia y el Reino Unido de la Gran Bretaña y diez elegidos por la AG por períodos de dos años.

Cada miembro del Consejo tiene un voto. Las decisiones sobre cuestiones de procedimiento se toman por el voto afirmativo de por lo menos nueve de los 15 miembros. Para adoptar decisiones sobre cuestiones de fondo es necesario que haya nueve votos afirmativos y que ninguno de los cinco miembros permanentes emita un voto negativo, o veto.

Todos los miembros permanentes han ejercido su derecho de veto en alguna ocasión. Si un miembro permanente no está completamente de acuerdo con un proyecto de resolución, pero no desea utilizar su derecho de veto, puede abstenerse y de ese modo permitir que la resolución se apruebe si obtiene los nueve votos afirmativos necesarios.

La Presidencia del Consejo la ejerce cada uno de los miembros durante un mes, en orden alfabético de acuerdo a su nombre en inglés. Todos los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las determinaciones del Consejo. Este es el único órgano facultado para adoptar decisiones que, conforme a la Carta, los Estados Miembros tienen la obligación de aplicar. Los demás órganos de las Naciones Unidas sólo formulan recomendaciones.

III.2.a. Funciones y poderes. Según la Carta, las funciones y poderes del CS incluyen:

- (i) mantener la paz y la seguridad internacionales de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas;
- (ii) elaborar planes para el establecimiento de un sistema de regulación de los armamentos;
- (iii) instar a las partes a que solucionen sus controversias por medios pacíficos;
- (iv) investigar toda controversia o situación que pueda crear fricción internacional y recomendar procedimientos de ajuste o términos de resolución de la controversia.
- (v) determinar si existe una amenaza a la paz o un acto de agresión y recomendar qué medidas deben adoptarse.
- (vi) instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables para evitar que la situación se agrave.
- (vii) instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que empleen medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada, como las sanciones, para hacer efectivas las decisiones del Consejo.
- (viii) recurrir al uso de la fuerza o autorizar su uso para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.
- (ix) promover el arreglo pacífico de las controversias locales por medio de acuerdos regionales y utilizar esos acuerdos para aplicar medidas coercitivas bajo su autoridad.

- (x) recomendar a la AG la designación del Secretario General y, junto con la Asamblea, elegir a los magistrados de la Corte Internacional de Justicia.
- (xi) solicitar a la CIJ que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.
- (xii) recomendar a la AG la admisión de nuevos miembros.

El CS está organizado de manera que pueda funcionar continuamente. Un representante de cada uno de sus miembros debe estar presente en todo momento en la Sede de las Naciones Unidas. El Consejo puede reunirse también fuera de la Sede. En 1972, por ejemplo, se reunió en Addis Abeba, Etiopía; en 1973, en la ciudad de Panamá, Panamá, y en 1990, en Ginebra, Suiza.

Cuando se somete al Consejo una denuncia de amenaza contra la paz, por lo general la primera medida que adopta es recomendar a las partes que traten de llegar a un acuerdo pacífico. En algunos casos, el propio Consejo procede a la investigación y a la mediación. Puede enviar una misión, nombrar representantes especiales o pedir al Secretario General que interponga sus buenos oficios.

Cuando una controversia conduce a la lucha armada, la preocupación primordial del Consejo es ponerle fin lo antes posible. El Consejo puede dictar directivas de cesación del fuego que pueden ser decisivas para impedir la escalada de un conflicto. También puede enviar observadores militares o fuerzas de mantenimiento de la paz para ayudar a reducir las tensiones, mantener separadas a las fuerzas contendientes y crear condiciones de tranquilidad en las que pueda gestionarse un arreglo pacífico.

Además, el Consejo puede decidir que se adopten medidas coercitivas, como sanciones económicas, embargo de armas, sanciones y restricciones financieras y prohibición de viajes; ruptura de relaciones diplomáticas; bloqueos e incluso acciones militares colectivas.

La principal preocupación es que las medidas se concentren en los responsables de las políticas o prácticas condenadas por la comunidad internacional, sin que los efectos de las medidas tomadas afecten desmesuradamente a otras partes de la población y a la economía.

III.3. Corte Internacional de Justicia

La [Corte Internacional de Justicia](#), con sede en La Haya, Reino de los Países Bajos, es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. La Corte resuelve controversias jurídicas entre los Estados partes y emite opiniones consultivas para las Naciones Unidas y sus organismos especializados. La AG y el CS pueden solicitar opiniones consultivas de la Corte sobre cualquier cuestión jurídica.

Su Estatuto forma parte integral de la Carta de las Naciones Unidas. Pueden recurrir a la Corte todos los Estados partes en su Estatuto, que incluye a todos los Miembros de las Naciones Unidas.

Sólo los Estados pueden ser partes en las causas que se sometan a la Corte, y sólo ellos pueden

someter causas a la Corte. Las personas físicas y jurídicas y las organizaciones internacionales no pueden recurrir a la Corte. Como tribunal civil, no tiene jurisdicción penal para enjuiciar a individuos.

III.3.a.Jurisdicción. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que le sometan los Estados y a todos los asuntos previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en tratados y convenciones internacionales vigentes.

Los Estados pueden obligarse por anticipado a aceptar la jurisdicción de la Corte firmando un tratado o convención en el que se estipule la remisión a ella o haciendo una declaración a tal efecto. Esas declaraciones a menudo contienen reservas por las que se excluyen ciertos tipos de causas.

Conforme a su Estatuto, la Corte decide las controversias sobre la base de las convenciones internacionales que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; la costumbre internacional como prueba de práctica general aceptada como derecho; los principios generales del derecho reconocidos por las naciones, y las decisiones judiciales y la doctrina de los juristas de mayor competencia de las distintas naciones.

Las Decisiones de la Corte son obligatorias sólo para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. El fallo será definitivo e inapelable y en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes.

Sólo podrá pedirse la revisión de un fallo cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido por la Corte y por la parte que pida la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia. La Corte abrirá el proceso de revisión mediante una resolución en que se haga constar expresamente la existencia del hecho nuevo, en que se reconozca que éste por su naturaleza justifica la revisión, y en que se declare que hay lugar a la solicitud. Antes de iniciar el proceso de revisión la Corte podrá exigir que se cumpla lo dispuesto por el fallo.

La solicitud de revisión deberá formularse dentro del término de seis meses después de descubierto el hecho nuevo y no podrá pedirse la revisión una vez transcurrido el término de diez años desde la fecha del fallo.

III.3.b.Miembros. La Corte está integrada por quince magistrados elegidos por la AG y el CS, en votaciones independientes, en atención a sus méritos.

Se procura que en la Corte estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo. Si bien ningún país tiene el derecho establecido a estar representado en la Corte, esta siempre ha incluido jueces de la nacionalidad de los miembros permanentes del CS. La Corte tiene también una Sala de

asuntos relacionados con el medio ambiente.

III.4. Consejo Económico y Social

Según la Carta de las Naciones Unidas, el [Consejo Económico y Social](#) es el principal órgano coordinador de la labor económica y social de las Naciones Unidas y de las instituciones y organismos especializados que constituyen el sistema de la Organización.

El Consejo tiene cincuenta y cuatro miembros, con mandatos de tres años. Cada miembro tiene un voto, y el Consejo toma sus decisiones por mayoría simple.

Los puestos en el Consejo se asignan sobre la base de la representación geográfica. Según eso, catorce corresponden a Estados africanos, once a Estados asiáticos, seis a Estados de Europa Oriental, diez a Estados de América Latina y el Caribe y trece a Estados de Europa Occidental y otros Estados.

III.4.a. Funciones y poderes. Las funciones y los poderes del Consejo Económico y Social son:

- (i) Servir de foro central para el examen de los problemas económicos y sociales y la elaboración de recomendaciones de política dirigidas a los Estados Miembros y al sistema de las Naciones Unidas.
- (ii) Realizar estudios e informes sobre asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, y otros conexos, y hacer recomendaciones.
- (iii) Promover el respeto y el cumplimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.
- (iv) Prestar asistencia para la preparación y organización de grandes conferencias internacionales sobre temas económicos, sociales y otros conexos, y promover el seguimiento coordinado de esas conferencias.
- (v) Coordinar las actividades de los organismos especializados, mediante consultas con ellos y haciéndoles recomendaciones, y a través de recomendaciones a la AG.

Mediante su análisis de las cuestiones internacionales de carácter económico y social y a través de sus recomendaciones de política, el Consejo Económico y Social desempeña una función clave en el fomento de la cooperación internacional para el desarrollo, así como en el establecimiento de las prioridades para todo el sistema de las Naciones Unidas.

III.4.b. Períodos de sesiones y órganos subsidiarios. El Consejo Económico y Social celebra generalmente varios períodos de sesiones cortos y numerosas reuniones preparatorias, mesas redondas y reuniones de expertos con miembros de la sociedad civil, para ocuparse de la organización de su trabajo. También celebra en julio un período de sesiones sustantivo, de cuatro

semanas de duración, alternando entre Nueva York y Ginebra. Este período de sesiones incluye una serie especial de alto nivel, a la que asisten ministros y otros altos funcionarios y en la que se examinan las principales cuestiones económicas, sociales y humanitarias.

Además, el Consejo colabora y coordina, el trabajo de los programas de las Naciones Unidas, como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), así como organismos especializados, como la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la UNESCO, todos los cuales rinden informes al Consejo y hacen recomendaciones para las sesiones del período sustantivo.

La labor permanente del Consejo se realiza en sus órganos subsidiarios y conexos, que incluyen:

- Ocho comisiones orgánicas, órganos deliberantes que examinan cuestiones y realizan recomendaciones en sus respectivas esferas de responsabilidad y conocimientos: la Comisión de Estadística, la Comisión de Población y Desarrollo, la Comisión de Desarrollo Social, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la Comisión de Estupefacientes, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, la Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo y la Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, además del Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques.
- Cinco comisiones regionales: la Comisión Económica para África (Addis Abeba, Etiopía), la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (Bangkok, Tailandia), la Comisión Económica para Europa (Ginebra, Suiza), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Santiago, Chile) y la Comisión Económica y Social para Asia occidental (Beirut, Líbano).
- Tres comités permanentes: el Comité del Programa y de la Coordinación, el Comité encargado de las organizaciones no gubernamentales y el Comité encargado de las negociaciones con organismos intergubernamentales.
- Una serie de órganos de expertos en temas como nombres geográficos, la administración pública, la cooperación internacional en cuestiones de tributación y el transporte de mercancías peligrosas.
- Otros órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

III.5. Consejo de Administración Fiduciaria

El Consejo de [Administración Fiduciaria](#) fue establecido por la Carta para supervisar a escala internacional los once Territorios en fideicomiso confiados a la administración de siete Estados

Miembros y asegurarse de que se adoptaran las medidas adecuadas para dirigir a los Territorios hacia el autogobierno o la independencia.

El Consejo desempeñó su trabajo durante cuarenta y nueve años. En 1994 resolvió enmendar sus reglas de procedimiento, por lo que suprimió la obligación de reunirse cada año y determinó que se reuniría cuando la ocasión lo requiriese, por decisión suya o por la de su Presidente, o a pedido de una mayoría de sus miembros o de la AG o del CS.

Posteriormente, el 1º de noviembre de 1994, el Consejo suspendió su actividad una vez que Palau, último Territorio que quedaba en fideicomiso de las Naciones Unidas, alcanzó su independencia el 1º de octubre de ese mismo año.

III.6. Secretaría General

La labor cotidiana de las Naciones Unidas está a cargo de su [Secretaría](#), integrada por alrededor de 44.000 funcionarios que representan todas las nacionalidades y trabajan en oficinas del mundo entero. La Secretaría, con Sede en Nueva York, presta servicios a los demás órganos principales de las Naciones Unidas y administra los programas y las políticas que estos elaboran. Su jefe es el Secretario General, que la AG nombra por recomendación del CS por un período renovable de cinco años.

Las funciones de la Secretaría son tan variadas como los problemas que tratan las Naciones Unidas. Incluyen desde la administración de las operaciones de mantenimiento de la paz y la mediación en controversias internacionales y la organización de los programas de asistencia humanitaria, el examen de las tendencias y problemas económicos y sociales y la preparación de estudios sobre derechos humanos y desarrollo sostenible, así como la preparación de los borradores de acuerdos internacionales.

El personal de la Secretaría también informa al mundo sobre la labor de las Naciones Unidas, organiza conferencias internacionales sobre asuntos de interés mundial, interpreta discursos y traduce documentos a los idiomas oficiales de la Organización, y establece centros de control y autorización de información, posibilita la colaboración internacional en todas las áreas de la ciencia y la tecnología, además de realizar actividades culturales, económicas y sociales.

Como funcionarios internacionales, tanto el Secretario General como el resto de los trabajadores sólo rinden cuentas a las Naciones Unidas y juran no solicitar ni recibir instrucciones de ningún gobierno ni autoridad ajena a la Organización. Por su parte, según la Carta, los Estados Miembros se comprometen a respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del Secretario General y del personal, y a no tratar de influir sobre ellos.

SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

“Basta con abrir el diario, cualquier día de la semana para darse cuenta que alguien en el mundo está encarcelado, torturado o ejecutado porque sus opiniones o su religión son inaceptables para su gobierno”.

Peter Benenson

Peter Benenson (1921-2005), fue un abogado inglés fundador de la organización no gubernamental Amnesty dedicada a la defensa internacional de los derechos humanos.

El disparador de su interés por la defensa de los derechos humanos fue la noticia que leyó en The Observer, referida a dos estudiantes portugueses condenados a siete años de prisión por brindar por la libertad en Portugal bajo la dictadura de Salazar (1961). Esto motivó que escribiera un artículo “Los presos olvidados”, invitando durante un año a apoyar a estos jóvenes a quienes llamó “presos de conciencia”.

Nació Amnesty, su primera campaña, y con ella la educación y el activismo en favor de los derechos humanos. Su logo, una vela encendida envuelta en alambres de púa, demuestra su misión: poner luz sobre toda situación en donde estén en peligro los derechos y garantías de la persona.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Sujetos del Derecho Internacional Público

Favio FARINELLA

I. Introducción

El cambio de eje en marcha que va desde la obsolescencia de la soberanía estatal hacia la protección y promoción de los derechos humanos no significa sólo un cambio en el peso relativo de los entes que participan en el sistema internacional. Constituye una verdadera revolución en los paradigmas, que lleva a repensar las instituciones y los mecanismos vigentes. Esta vez, no ya desde la óptica del supremo interés estatal, sino desde el del individuo, preguntándonos en qué medida las actuales estructuras son aptas para proteger y promover los derechos de la persona, pueblos y grupos vulnerables. Como expresa Buis en referencia a la Grecia clásica, tal vez el DI se dirija hoy hacia una búsqueda de eficacia y funcionalidad sin depender de la identificación de sujetos que lo determinen sino más bien de colectivos organizados.¹¹⁷

II. Los caracteres permanentes de un sujeto internacional requeridos por el DI clásico

Brownlie refiere que el sujeto de DI es un ente capaz de poseer derechos y obligaciones internacionales al tiempo que goza de la capacidad de mantener tales derechos iniciando acciones internacionales.¹¹⁸ Con lo cual dos serían los caracteres determinantes: (i) la aptitud de ser titular de

¹¹⁷) Buis, Emiliano J. , La súplica de Eris, Derecho Internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la Antigua Grecia, Eudeba, Buenos Aires, 2015, ps. 121-2.

¹¹⁸) Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, p. 58. Así también Pérez León Juan P., "El individuo como sujeto de Derecho Internacional", Anuario Mexicano de Derecho internacional, vol. VIII,

derechos y obligaciones y (ii) la capacidad efectiva de reclamar por ellos ante instancias administrativas o judiciales.¹¹⁹ Sin embargo Brownlie critica esta definición por circular: es sujeto quien tiene la capacidad y por tener la capacidad se es sujeto.

Preferimos una posición pragmática, entendiéndolo que la posesión efectiva de los caracteres mencionados es signo evidente de la existencia de un sujeto de DI. Esta visión material se traduce en la posibilidad efectiva de realizar reclamos internacionales frente a violaciones del DI, negociar y celebrar tratados y otros acuerdos válidos conforme el DI y gozar de los privilegios e inmunidades conferidos por las jurisdicciones nacionales.

Toda capacidad implica una previa personalidad opina Harris¹²⁰, y en este sentido la capacidad en DI es básicamente relativa y se encuentra sujeta no a lo que el Estado pretende, sino a lo que el resto del sistema internacional *reconoce*.¹²¹

El "reconocimiento de Estados" constituye un requisito controvertido. Hay quienes le adjudican un efecto *constitutivo*.¹²² Esta visión presenta el problema del reconocimiento relativo, cuando un ente es reconocido por un grupo de Estados solamente. Es actualmente el caso de la República de Kosovo, reconocida por 72 Estados en sus primeros meses de vida, entre otras situaciones mucho menos exitosas.¹²³ Una segunda visión adjudica al reconocimiento de Estados sólo efectos *declarativos*, en tanto no otorga existencia legal a ente alguno que antes no la tuviera en lo fáctico. Ésta es la doctrina adoptada por los autores modernos.¹²⁴

La doctrina define al reconocimiento a partir de la práctica estatal, como "un acto político con consecuencias legales".¹²⁵ Este carácter político se ilustra convenientemente con los hechos ocurridos tras la declaración del Consejo Nacional Palestino en el exilio, respecto del nacimiento del Estado Palestino (15/11/1988). Aún cuando el declarado Estado de Palestina no satisfacía al momento los requisitos relativos a un territorio, una efectiva jurisdicción y una población, obtuvo en 2 días el reconocimiento de 23 Estados, y en 2 meses, el número ascendió a 70.

La jurisprudencia internacional sobre la cuestión se ha pronunciado mayormente por la tesis

2008, pp. 599-642. Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalia Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, p. 155.

¹¹⁹) CIJ, Reparation for injuries case Reports (1949, p. 179.

¹²⁰) Harris, D. J., Cases and materials on International Law, 4th edition, 1991, London, UK, p. 102.

¹²¹) O'Connell, D. P., International Law, 2nd edition, 1970, Vol. I, pp. 80-82.

¹²²) Oppenheim, International Law, 8th edition, 1955, Volumen I, para 71.

¹²³) Kosovo había declarado su independencia en 1991 sin éxito. Luego en 2008 la declaró nuevamente alcanzando un importante número de Estados que la reconocen. Otros entes que han declarado su independencia sin lograr mayor reconocimiento son la República de Abjasia, la República de Osetia del Sur, y la República Árabe Saharaui Democrática.

¹²⁴) Brierly, J. L., The Law of Nations, Waldo, 6th edition, 1963, p. 138.

¹²⁵) Whiteman, M., Digest of International Law, 1963-1973, T. 2, paras. 5, 21, 24.

declarativa. El laudo arbitral en Tinoco¹²⁶ sugiere que el reconocimiento constituye una simple evidencia que los requisitos pedidos por el DI se encuentran reunidos.

III. Sujetos tradicionales del DI

III.1. Los Estados y sus atributos

Se considere o no a los Estados como sujetos por derecho propio o meros representantes de las naciones que habitan su territorio, es claro que la primacía del Estado como sujeto de DI se debe a que es él quien genera las normas internacionales por medio de su consentimiento o su conducta. En opinión de Pastor Ridruejo¹²⁷, el DI clásico organizado en derredor de los Estados, se caracterizó por ser liberal, descentralizado y oligárquico. Observa Friedmann:

"la razón básica para esta posición es, por supuesto, que "el mundo se encuentra hoy organizado sobre la base de la coexistencia de los Estados, y que los cambios fundamentales tendrán lugar sólo a través de la acción de los Estados, sea esta afirmativa o negativa".¹²⁸ Los Estados son los depositarios de la autoridad legítima sobre pueblos y territorios. Es sólo en términos de los poderes estatales, prerrogativas, límites jurisdiccionales y capacidades de crear el derecho, que los límites territoriales y la jurisdicción, la responsabilidad por las acciones oficiales, y un conjunto de otras cuestiones relativas a la coexistencia entre las naciones puede ser determinado...".¹²⁹

No existe mayor desacuerdo sobre los atributos necesarios para calificar a un ente como Estado y consecuentemente, sujeto de DI. Las eventuales controversias surgen a partir de situaciones fácticas antes que de criterios legales.¹³⁰ La Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados (1933)¹³¹ destaca en términos generales los requisitos de la personalidad estatal reflejando el DI de fuente consuetudinaria. Son estos:

- (i) una población sobre la cual se ejerce jurisdicción permanente;
- (ii) un territorio relativamente determinado;
- (iii) un gobierno, evidenciado una estructura institucional estable de administración y ejercicio del poder;

¹²⁶) Tinoco Arbitration, Reino Unido v. Costa Rica, 1923. Único árbitro: William Taft, Presidente de la Corte Suprema de EEUU.

¹²⁷) Pastor Ridruejo, José A., Curso de Derecho Internacional Público, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 60. Este autor sitúa el final del DI clásico en 1945.

¹²⁸) Friedmann cita aquí a Jessup Philip, en su A modern Law of Nations, MacMillan, 1948, p. 17.

¹²⁹) Friedmann Wolfgang, The Changing Structure of International Law, New York, Columbia University Press, 1964, p. 213.

¹³⁰) Así se afirma en Akehurst citando a Brownlie. Ver Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 75.

¹³¹) OEA, Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados, Montevideo, Uruguay, 26/12/1933. Ver también la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados en Caso de Luchas Civiles, (A-27), el Protocolo a la misma (C-14), y la Carta de la OEA (A-41), reformada por el Protocolo de Buenos Aires (B-31) y por el de Cartagena de Indias (A-50).

(iv) la capacidad de relacionarse con otros Estados.¹³²

III.1.a. El territorio. El territorio comprende el área terrestre separada por otras fronteras delimitadas internacionalmente, su espacio aéreo -sin que exista acuerdo sobre el límite-¹³³; la tierra situada debajo hasta alcanzar teóricamente el centro del globo; y las 12 millas náuticas de mar territorial reconocidas por el DI a los Estados costeros.¹³⁴

No existe la exigencia de un territorio mínimo¹³⁵, ni tampoco es esencial que los límites territoriales se encuentren claramente definidos. Por el contrario, los límites pueden hallarse controvertidos tanto al momento del nacimiento del Estado como posteriormente. Este atributo ha constituido una de las primeras y más relevantes causas de conflicto interestatal. Israel, por ejemplo, nunca ha terminado de definir sus fronteras.¹³⁶

La jurisprudencia da cuenta de lo referido. En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969), la CIJ sostuvo:

"los sitios accesorios de un área dada, considerada como un todo, en forma alguna gobiernan la determinación precisa de sus límites, no más que la incertidumbre sobre los límites puede afectar los derechos sobre el territorio. No existe por ejemplo regla alguna que afirme que las fronteras terrestres de un Estado deben hallarse completamente delimitadas y definidas, y frecuentemente en varios lugares y durante periodos prolongados, esto no sucede."¹³⁷

El control del territorio sí es considerado esencial por la doctrina¹³⁸, ya que constituye la base de la noción central de soberanía territorial. Por ésta se entiende la jurisdicción exclusiva del poder estatal sobre el territorio reclamado. El carácter exclusivo -y excluyente- de la jurisdicción territorial fue expuesto por la CIJ en **Canal de Corfú** (1949), al afirmar: "Entre Estados

¹³²) En este sentido ver von Glahn, G., Law Among Nations, 7th edition, USA, 1992, p. 51; Slomanson William R., Fundamental Perspectives on International Law, 4th edition, Thomson West, USA, 2003, p. 55.

¹³³) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 206. Aquí se menciona que el punto específico donde el espacio aéreo termina y comienza el espacio ultra-terrestre no se encuentra definido y que además esto no es importante al momento ya que la altura mínima a la cual los satélites pueden permanecer en órbita es al menos dos veces la altura máxima a la cual la aviación puede volar.

¹³⁴) Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 1982, arts. 3 y ss. que recogen la costumbre internacional.

¹³⁵) Por ejemplo, el Estado de la ciudad del Vaticano llega a 0,44 km² de superficie y Mónaco posee una superficie de 1,95 km².

¹³⁶) Ver Malanczuk, Peter, Israel: status, territory and occupied territories, EPIL II, 1995, pp. 1468-1508.

¹³⁷) CIJ, Caso de la Plataforma continental del mar del Norte, sentencia de 20/02/1969, ICJ Reports 1969, 3, p. 33 para 46. Traducción del autor.

¹³⁸) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 75. Ver Shaw Malcolm N., Territory in International Law, NYIL 13, 1982, pp. 61-91; y también Torres Bernárdez Santiago, Territorial sovereignty, EPIL 10, 1987, pp. 487-494.

independientes, el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales".¹³⁹

Respecto del control efectivo es menester recordar el caso Isla de Palmas (1928), disputa surgida entre Holanda y Los Estados Unidos relativa a la soberanía sobre una isla ubicada a mitad de camino entre las Filipinas y las actuales Islas Nanusa pertenecientes a Indonesia. Max Huber, único árbitro designado en representación de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, y siendo a su vez presidente de la CPJI, afirmó en 1928 lo siguiente respecto de la soberanía territorial:

"La soberanía territorial ... involucra el derecho exclusivo de desplegar las actividades de un Estado. Este derecho posee como corolario una tarea: la obligación de proteger dentro del territorio los derechos de otros Estados, en particular sus derechos a la integridad e inviolabilidad en paz como en guerra, junto con los derechos que cada Estado puede reclamar para sus nacionales en territorio extranjero. (...) La soberanía territorial no puede limitarse a su lado negativo, por ejemplo, a excluir las actividades de otros Estados; ya que sirve para dividir entre las naciones el espacio sobre el cual las actividades humanas pueden emplearse, de forma tal de asegurarles en todo caso el mínimo de protección del cual el DI es el guardián."¹⁴⁰

La importancia del control de facto sobre el territorio se expresó en Kadic v. Karadzic (1995), caso discutido ante los tribunales de Estados Unidos. Antes de los Acuerdos de Paz de Dayton que establecieron diferentes entes políticos dentro de Bosnia-Herzegovina, la población Serbia de Bosnia mantenía el control de un área con pretensiones de independencia a la cual llamaron "República Sprska", intentando expulsar a musulmanes y croatas para constituir un enclave serbio dentro de Bosnia. A este fin ejecutaron prácticas de violencia masiva en contra de las poblaciones no deseadas. Mientras Radovan Karadzic, entonces presidente de la proclamada República Sprska, se encontraba en Estados Unidos para participar de una conferencia de Naciones Unidas, un grupo de víctimas y familiares lo denunció ante la justicia federal estadounidense por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La Corte de Apelación de Estados Unidos revocó la decisión de primera instancia que decidía no hacer lugar al proceso. En relación con el carácter "estatal" de la República Sprska, la Corte dijo:

"La definición de Estado se encuentra suficientemente establecida en el derecho internacional... Cualquier gobierno, no importa cuán violento y viciado en su origen, debe ser considerado como un gobierno de facto si se encuentra en el ejercicio de soberanía completo y presente sobre un territorio y una población suficientemente numerosa para constituir una nación..."¹⁴¹

¹³⁹) CIJ, Corfú Channel, fondo, ICJ Reports 1949, p. 35.

¹⁴⁰) Jessup Philip C., The Palmas Island Arbitration, AJIL 22, 1928, pp. 735-752. La traducción es nuestra.

¹⁴¹) Los litigantes obtuvieron finalmente un sentencia que les concedió 4.500 millones de dólares por los daños provocados. Kadic v. Karadzic, 70 Fed. 3D 232, 2nd Circuit, 1995, rehearing denied, 74 Fed. 3D 377, 2nd Circuit, 1996. Certiorari denied 518 US 1005, 1997. Hoy Karadzic se encuentra detenido. Fue procesado por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, el juicio comenzó el 26/10/2009, sentenciado a 40 años de cárcel en 24/03/2016 y

III.1.b. La población. En cuanto a la **población**, no existe un número mínimo requerido: el Vaticano apenas supera los 1000 habitantes permanentes y Tuvalu y Nauru superan levemente los 10.000.¹⁴² Tampoco importa la ausencia de la población durante un período determinado, aunque sí es necesario que exista una determinada cantidad de población estable. La inexistencia de una población permanente es una razón entre varias por la cual la Antártida no puede ser considerada un Estado, tal como se expresa en Akehurst.¹⁴³ Las tribus nómadas en la frontera entre Kenya y Etiopía han constituido una población ambulatoria de ambas naciones durante siglos.¹⁴⁴

La determinación de los integrantes de la población permanente es atributo privativo de cada Estado, quien lo ejerce a través de las normas domésticas sobre nacionalidad, instituto que el Estado ejerce discrecionalmente, salvo contadas excepciones.¹⁴⁵ Finalmente en este punto, el Estado ejerce jurisdicción territorial sobre todos los habitantes de su territorio y jurisdicción personal sobre sus nacionales aun cuando tales personas se encuentren fuera de su territorio.

En la esfera internacional, el Estado actuó tradicionalmente en defensa de los intereses de sus nacionales por medio de la protección diplomática. El DI consuetudinario posee aún hoy el sesgo de la dependencia estatal al momento de otorgar capacidad procesal, incluso en caso en que el conflicto se relacione con intereses privados.¹⁴⁶ En Mavrommatis (1924), la CPJI afirmó:

*"Al asumir los intereses de uno de sus súbditos y recurrir a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales en su nombre, el Estado en realidad reafirma sus propios derechos – sus derechos de asegurar en la persona de sus súbditos, el respeto a las reglas del derecho internacional".*¹⁴⁷

Este endoso del reclamo individual que realiza discrecionalmente el Estado es a todas luces incompleto, ya que su ejercicio es un derecho del Estado. Los refugiados y apátridas al carecer de Estado protector, suman a esta opinión negativa sobre la protección diplomática.

III.1.c. El gobierno. Hay quienes niegan la entidad de atributo al **gobierno**, entendiendo que éste

el 20/03/2019 la condena fue elevada a cadena perpetua.

¹⁴²) Ver Gunter, M., "What happened to the United Nations ministeate problem?", en Amer. J. internacional" L., 71, p. 110, 1977.

¹⁴³) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 76.

¹⁴⁴) Slomanson, William R., Fundamental Perspectives on International Law, 4th edition, Thomson West, USA, 2003, p. 56.

¹⁴⁵) Por ejemplo la ley doméstica no podría intentar imponer la nacionalidad propia sobre los habitantes de otro Estado; por otra parte la nacionalidad debe ser efectiva tal como lo afirmó la CIJ en Nottebohm y poseer en el caso de las personas jurídicas un lazo de permanencia como lo afirma la CIJ en Barcelona Traction. Sería igualmente absurdo -y contrario a los principios de igualdad y no discriminación- establecer criterios étnicos, lingüísticos, históricos o religiosos.

¹⁴⁶) Como ejemplos jurisprudenciales podemos mencionar los casos Nottebohm, ICJ Reports 1955, p. 4; Ambatielos, 1953, p. 10; Anglo Iranian Oil Company, 1952, p. 93; Haya de la Torre, 1951, p. 71; Asilo, 1951, p. 266.

¹⁴⁷) CPJI, Sentencia del 30/08/1924, Series A, 1924, no. 2. Esta idea fue afirmada posteriormente en Nottebohm por la CIJ, Reports, 1955.

sólo constituye una forma de organización del pueblo.¹⁴⁸ Para que una sociedad política funcione de manera razonablemente efectiva, necesita cierta forma de gobierno o control central. Según Shaw, la existencia de un gobierno no constituye una condición previa para el reconocimiento del ente como Estado independiente. Cita como ejemplo el caso del ex-Congo Belga, a los que puede sumarse los de Burundi y Rwanda.¹⁴⁹

Akehurst¹⁵⁰ considera que el control efectivo que posea el gobierno sobre el territorio y la población que en él habita resultan esencial, al combinar estos atributos conforme los fines del DI. Puede hablarse de un aspecto interno del gobierno referido a la posibilidad de mantener un orden legal efectivo y otro aspecto externo, relativo a la habilidad de actuar autónomamente en el plano internacional sin depender legalmente de otros Estados.

La capacidad efectiva del gobierno se relaciona con el control efectivo sobre su territorio.

Una primera cuestión surge cuando dos entes, operando cada uno en regiones diferentes del territorio estatal, reclama ser considerado como el gobierno legítimo. Los ejemplos modernos incluyen la China nacionalista y la comunista; Corea del Norte y del Sur; y los dos gobiernos vietnamitas que existieron entre la década de 1960 y la de 1970.

Una segunda cuestión se presenta al intentar conocer el momento desde el cual el gobierno legítimo ha perdido poder y ve disminuir la posibilidad de mantener el orden y ejecutar decisiones. Cuando tras la revolución Bolchevique, el nuevo gobierno proclamó el derecho a la libre determinación, el Parlamento danés declaró la independencia de Finlandia (4/12/1917). En tal momento estalla la guerra civil entre los partidarios de la independencia y los monárquicos que apoyaban al Zar. Concluida ésta en favor de los independentistas, un primer conflicto fue el caso Aaland Islands, donde una cuestión preliminar consistía en saber el momento en el que Finlandia había nacido. La Liga de Naciones intervino en la cuestión. El Informe del Comité Internacional de Juristas convocado para decidir el caso, afirma la relevancia del gobierno:

"(...) Es (...) difícil afirmar la fecha exacta en la cual la República de Finlandia en el sentido legal del término, se convirtió definitivamente en un Estado soberano realmente constituido. Esta situación seguramente no

¹⁴⁸) Entre ellos Verdross, en Verdross Alfred y Zemanek Karl, Derecho Internacional Público, traducción de Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1967.

¹⁴⁹) Ver p.e. el caso Congo, Higgins R., Development of the International Law through the political organs of the United Nations, Oxford University Press, London, 1963, pp. 162 - 4, y Hoskyns C., The Congo Since Independence, Oxford, 1965. En el antiguo Congo Belga, Zaire y luego la República de Congo (desde 1997), Burundi y Rwanda les fue reconocida la independencia cuando no poseían un gobierno efectivo. Ver también Higgins R., Problems and Process: International Law and How we use it, Clarendon Press, Oxford University Press, 1ª edición, 1994, pp. 17 - 40, y Nguyen Quoc Dinh y ot., Droit International Public, P. Daillier et A. Pellet, 1977, pp. 415 y ss.

¹⁵⁰) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 77. Véase también Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavalia Editor, 1ª ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, p. 185. Este autor también expresa que el Estado tiene derecho a elegir su sistema político.

ocurrió hasta la creación de una organización política estable y hasta que las autoridades públicas hubieran devenido lo suficientemente fuertes para afirmar su autoridad en todo el territorio del Estado sin la asistencia de tropas extranjeras. Pareciera que esto recién ocurre en Mayo de 1918, cuando la guerra civil concluye y la tropas extranjeras comienzan a evacuar el territorio, por lo cual a partir de tal momento fue posible restablecer el orden y la vida política y social lentamente."¹⁵¹

La práctica reciente en relación con los nuevos Estados de Croacia y Bosnia – Herzegovina, sugiere la modificación del criterio del control efectivo. Tanto Croacia como Bosnia – Herzegovina fueron reconocidas como Estados independientes por la entonces Comunidad Europea¹⁵² y admitidos en la ONU¹⁵³, en un momento en que fuerzas opuestas al gobierno controlaban áreas sustanciales del territorio.

III.1.d. La capacidad de entrar en relaciones con otros Estados. Hay quienes señalan la **capacidad de entrar en relaciones con otros Estados** como el atributo más significativo, ya que demuestra un ejercicio efectivo de la soberanía proclamada. Chechenia, por ejemplo, si bien fue reconocida en enero de 2000 por el gobierno Talibán de Afganistán¹⁵⁴, continúa aun formando parte de Rusia.

Los Estados federados constituyen una complicación para el atributo en examen, excepción hecha del caso en que los mismos atribuyen a una persona el manejo sus relaciones exteriores.¹⁵⁵ Independientemente de lo que regule el derecho doméstico, el DI sólo rige relaciones entre Estados "independientes", y no entre sus dependencias administrativas. Ya la CPJI en **Lotus** (1927)¹⁵⁶ había afirmado esta circunstancia. No obstante, los Estados locales o provincias dentro de la capacidad que les brinda su autonomía, se involucran en temas tales como la economía internacional, el control del delito, y la defensa del medio ambiente, entre otras. Para Rousseau la forma federal de un Estado influye sobre su participación en el plano internacional en tres aspectos: (i) en referencia con la posibilidad que sus divisiones políticas puedan suscribir tratados; (ii) al aplicar los tratados, cuando su objeto entra en colisión con cuestiones no delegadas por las provincias al gobierno

¹⁵¹) LNOJ, Special Supp. No. 3, 1920, p. 3.

¹⁵²) El 15/01/1992 y 6/04/1992 respectivamente. Ver Keesing's Record of World Events, 1992, pp. 38703, 38704 y 38833.

¹⁵³) El 22/05/1992. Ver Weller M., "The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", 86 ATIL, 1992, p. 569. Ver Gowlland - Debbas, "Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine: 61 BYIL, 1990, p. 135.

¹⁵⁴) La República de Chechenia o Chechenia constituye aún hoy (marzo de 2013) parte de Rusia. Tras el desmembramiento de la URSS fue declarada la independencia del territorio, bajo el nombre de República Chechena de Ichkeria con la oposición del gobierno Ruso, que después intentó recuperar el control del país mediante su intervención militar.

¹⁵⁵) Ver Laborias, Alexis R., Subjetividad internacional de las divisiones territoriales del Estado federal. El caso de la República Argentina. *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, 75, publicado 01/04/2010. En internet www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7622.

¹⁵⁶) CPJI, caso Lotus, sentencia de 07/09/1927.

central; y (iii) en relación con la responsabilidad internacional.¹⁵⁷ La Convención Interamericana sobre Derechos y Deberes de los Estados expresa "El Estado federal constituye una sola persona ante el derecho internacional".¹⁵⁸

El art. 5(2) del Proyecto de Artículos de la Comisión de DI sobre el Derecho de los Tratados admitía la personalidad internacional de las "provincias-Estados" miembros de una federación:

"los Estados miembros de una unión federal pueden poseer la capacidad de concluir tratados si tal capacidad es admitida por la constitución federal y dentro de los límites allí fijados".¹⁵⁹

Esta provisión fue finalmente rechazada en la CVDT, en parte bajo el argumento que escapaba a la finalidad de la convención. Shaw¹⁶⁰ explica que, de haberse aceptado, el DI le habría otorgado demasiado poder al derecho interno, ya que éste decidiría sobre la existencia de un sujeto de DI, a la vez que los Estados podrían intervenir en la interpretación de cláusulas de la constitución de aquellos Estados federales que otorgaran la capacidad de celebrar tratados a sus miembros constitutivos. Esta situación se presenta en nuestro país. En Argentina, luego de la reforma constitucional de 1994, las provincias pueden celebrar convenios internacionales bajo ciertas condiciones (art. 124 CN)¹⁶¹, poseyendo en consecuencia una personalidad internacional limitada, aun cuando su ejercicio no quede comprendido dentro de la normativa de la CVDT.

Kelsen acepta que los Estados miembros de la federación puedan "reservarse alguna competencia... por ejemplo, la facultad de concertar tratados con terceros Estados en determinados campos. En tal caso, aquéllos pueden ser considerados como sujetos de derecho internacional con una personalidad restringida."¹⁶² Y así, los Estados federados "pueden ser considerados órganos indirectos del Estado federal; por tanto, la persona internacional que concierne estos tratados podrá ser considerada como el Estado federal que actúa, en ciertos aspectos, por medio de un Estado componente."¹⁶³

Podestá Costa - Ruda afirman que:

"El Estado federal constituye una sola persona jurídica internacional. El vínculo que une a sus miembros -los Estados locales- se ha consolidado de tal modo que, si bien cada uno conserva y ejerce cierta parte de la soberanía interior; el resto, así como la soberanía exterior por entero, han sido delegados en un

¹⁵⁷) Rousseau, C., Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, Barcelona, 3ª edición, 1966, pp. 122 y 123.

¹⁵⁸) Convención sobre derechos y deberes de los Estados, art. 2, OEA, sitio web de la Organización www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html. Argentina no ha ratificado esta Convención.

¹⁵⁹) El apartado citado fue eliminado durante el transcurso de la Conferencia que aprueba el texto final. Ver De La Guardia Ernesto, Derecho de los Tratados Internacionales, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1996, pp. 131 y 132. Ambas citas corresponden a Laborias, Alexis R., op. cit., pie de página 36.

¹⁶⁰) Shaw, Malcolm N., "The subjects of International Law", International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, p. 197.

¹⁶¹) En el art. 124 CN se determina que las provincias argentinas "...podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional."

¹⁶²) Kelsen, Hans, Principios de Derecho Internacional Público, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 146.

¹⁶³) Kelsen, Hans, Principios de Derecho Internacional Público, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965, p. 147.

*poder central, que es el gobierno federal.*¹⁶⁴

III.1.e. Otros atributos. Verdross¹⁶⁵ añade en su clásica obra el atributo de permanencia de los Estados, como distintivo frente a todo otro potencial sujeto de DI. La permanencia es explicada como subsistencia "en la sucesión de las generaciones". El Estado como sujeto del DI en Verdross no es el mero aparato estatal, sino "el pueblo organizado en Estado."

Autores como Barboza¹⁶⁶ incluyen a la soberanía como atributo estatal en el sentido de independencia en las relaciones internacionales como lo explicó el árbitro Huber en Isla de Palmas.¹⁶⁷ En tanto la soberanía interna es absoluta, la soberanía internacional es limitada por el principio de igualdad soberana de los Estados y -agregamos-, el respeto absoluto de un núcleo duro de derechos humanos. El mismo Estado puede igualmente restringir su propia soberanía tanto en forma unilateral como convencional. No obstante, es necesario recordar, tal como lo afirmó la CPJI en **Lotus**¹⁶⁸, que las limitaciones a la soberanía estatal no se presumen, sino que deben fundarse en alguna de las fuentes principales del DI. Aún bajo diferentes circunstancias, la CIJ volvió sobre este criterio en Nicaragua c. Estados Unidos¹⁶⁹, cuando afirmó que

*"en el derecho internacional no existen más reglas que aquellas que son aceptadas por el Estado en cuestión, a través de tratados u otras formas, por las cuales el nivel de armamentos de un Estado soberano pueda ser limitado, y este principio es válido para todos los Estados sin excepción".*¹⁷⁰

En igual sentido, en la opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares¹⁷¹, la CIJ dijo:

"la práctica estatal revela que la ilegalidad como tal, del uso de ciertas armas, no resulta de la ausencia de autorización, sino, por el contrario, es formulada en términos de prohibición".

III.2. Entes de carácter político que se asemejan a los Estados

¹⁶⁴) Podestá Costa Luis A. y Ruda José M., Derecho Internacional Público, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1979, 2a. reimpression de la edición actualizada, 1985, pp. 75 y 76.

¹⁶⁵) Verdross, Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, p. 177.

¹⁶⁶) Barboza, Julio, Derecho Internacional Público, Zavalia Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, p. 166.

¹⁶⁷) Corte Permanente de Arbitraje, Isla de Palmas, laudo del 4/04/1928, vol. II, p. 838. Barboza menciona que la práctica internacional esta de acuerdo con esta definición, refiriendo la opinión consultiva de la CPJI de 5/09/1931 sobre el régimen aduanero Austriaco – Alemán, Serie A/B, No. 41, pp. 45 y 52.

¹⁶⁸) CPJI, caso Lotus, Serie A, No. 10, p. 18.

¹⁶⁹) CIJ Reports, 1986, pp.14,135. Ver también Legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ Reports, 1996, pp. 226; 238-9.

¹⁷⁰) Traducción del autor. Original inglés: "in international law there are no rules, other than such rules as may be accepted by the state concerned, by treaty or otherwise, whereby the level of armaments of a sovereign state can be limited, and this principle is valid for all states without exception".

¹⁷¹) CIJ Reports, 1996, pp. 226; 247. Original inglés: "[s] tate practice shows that the illegality of the use of certain weapons as such does not result from an absence of authorisation but, on the contrary, is formulated in terms of prohibition".

Existen entes que logran reunir sólo parcialmente los atributos comentados. La soberanía en sus dos dimensiones -interior y exterior- puede hallarse ausente o limitada. Existen así uniones verticales y horizontales de Estado.

Entre las asociaciones verticales encontramos las instituciones -hoy prácticamente perimidas- del protectorado y el vasallaje, que llegan a ser conceptos opuestos. El protectorado se funda en un tratado internacional por lo que constituye una relación de DI, mientras que el vasallaje implica una relación de derecho doméstico.

En general, la potencia protectora se ocupaba directamente de las relaciones exteriores, conservando el Estado protegido la capacidad de derecho, aunque delegaba su ejercicio.¹⁷² El vasallaje es una forma propia del siglo XIX, implicando las obligaciones de *auxilium et consilium* -asistencia militar y apoyo político-, dentro de un esquema de soberanía exclusiva poseída por el Estado protector. Rusia en el Turkestan hasta la revolución de 1917, Gran Bretaña en la India y Turquía respecto de los Estados cristianos Balcánicos son ejemplos de esta institución. Barboza¹⁷³ recuerda que ambas formas de Estados no soberanos fueron sometidos al régimen de mandatos de la Liga de Naciones.

Entre las asociaciones interestatales horizontales es de resaltar el papel de la Comunidad Británica de Naciones -Commonwealth- que, si bien continúa vigente, ha perdido sus caracteres más relevantes. Los *dominions* eran antiguas colonias británicas que lentamente fueron recibiendo una administración autónoma, quedando en distintos niveles de dependencia respecto de la metrópoli. Algunas dependían directamente de ella; otras gozaban de cierta autonomía y finalmente se encontraban aquellas que poseían un alto grado de autonomía. A estas últimas, la Liga de Naciones las reconoció como miembros independientes y originarios del nuevo organismo internacional, figurando bajo la rúbrica del Imperio Británico. Estaban constituidas por Canadá¹⁷⁴, Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda y la India (y se les llamó "dominios"). Siendo aún miembros del Imperio, se convirtieron en sujetos plenos del DI frente a terceros Estados. La segunda guerra mundial aceleró la disgregación del Imperio británico -o Commonwealth en su naturaleza tradicional-.

La Carta ONU trata a los antiguos dominios como Estados soberanos. Al presente, la Reina Isabel II es la cabeza simbólica del llamado nuevo Commonwealth, que representa la asociación de Estados independientes: 16 miembros reconocen a la Reina como su jefe de Estado. La Secretaría del

¹⁷²) Esta variedad fue destacada en la jurisprudencia internacional -mencionan Halajczuk-Moya Domínguez en organizaciones políticas. cit., p. 114- en el dictamen de la CPJI sobre los decretos de nacionalidad en Túnez y Marruecos -1923- y en la opinión de Max Huber sobre la indemnización por los daños en la zona española de Marruecos -1926-.

¹⁷³) Barboza, Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, p. 172.

¹⁷⁴) Canadá fue la primera y ya antes de la primera guerra mundial poseía tres representaciones diplomáticas.

Commonwealth establecida en 1965 es su principal agencia intergubernamental.

Otras asociaciones de Estados que priorizaron en su constitución inicial los aspectos económicos de la integración y que definen claramente su personalidad jurídica internacional, son analizadas más adelante bajo el nombre de bloques económicos regionales.

Por "territorios internacionales" se pretende significar diversos regímenes legales.

En primer lugar, el término caracteriza en forma amplia a casos de ciudades declaradas libres como el de Danzig o Trieste¹⁷⁵, donde se creó un estatus especial por medio de un tratado multilateral y cuya ejecución era supervisada por una organización internacional. Las ciudades mencionadas ya contaban con suficiente independencia y capacidad legal para que le fuera reconocida capacidad jurídica.

En segundo lugar, el estatus de territorio internacional puede ser concedido sin el previo requisito de existencia de una persona jurídica. Una región dentro del territorio de un Estado soberano puede recibir ciertos derechos de autonomía sin que esto signifique un avance hacia una personalidad jurídica internacional propia ni medre los derechos del Estado que la concede. Brownlie menciona el caso del territorio de Memel o región de Klaipėda, que dentro de Lituania gozó de un estatus especial otorgado en Versalles y que duró entre 1924-1939.

Un tercer tipo de territorio internacional envuelve la administración exclusiva de un territorio por parte de una organización internacional. Brownlie menciona el caso del régimen propuesto para la ciudad de Jerusalem -antes de la ocupación total por parte del Estado de Israel-, que en 1950 contemplaba un Consejo Fiduciario que jamás fue instrumentado.¹⁷⁶

De igual manera, el sistema del Tratado Antártico presenta las características que comenta Brownlie para los territorios internacionales, en relación con la totalidad del territorio del continente Antártico¹⁷⁷. La llamada "internacionalización parcial" del continente consiste en que basada en un

¹⁷⁵ La ciudad libre de Danzig fue una ciudad-Estado autónoma establecida el 10/06/1920 en la actual ciudad polaca de Gdansk, de acuerdo a la Parte III, sección IX, del Tratado de Versalles. Danzig dejaba de formar parte de Alemania y quedaba bajo la tutela de la Sociedad de Naciones, concediendo a Polonia privilegios diplomáticos y económicos, que pasaba a ejercer un protectorado sobre la ciudad. Danzig perdió su condición de "ciudad libre" tras ser anexada a la Alemania Nazi en 1939 y posteriormente a Polonia tras el final de la IIGM.

El Estado libre de Trieste o Territorio libre de Trieste fue una Ciudad Estado situada en Europa central, entre el norte de Italia y el territorio que ocupaba la ex-Yugoslavia. Abarcaba la ciudad portuaria de Trieste, una estrecha franja costera al noroeste y una pequeña porción de la península de Istria. Fue establecido en 1947 para acomodar a una población con mezcla étnica y cultural en un país neutral, democrático e independiente. La intención era también eliminar las demandas territoriales, debido a la importancia estratégica de la ciudad para el comercio con Europa central. El control del Estado pasó a ser efectuado por sus dos repúblicas vecinas en 1954 y disuelto oficialmente en 1977.

¹⁷⁶ Ydit, Meir, *Internationalised Territories*, Leiden: A. W. Sythoff, 1961, pp. 273-314.

¹⁷⁷ Ver en relación con la Antártida, O' Connell, Mary L., *International Law and the use of force*, 2nd. ed. Foundation

congelamiento *sine die*¹⁷⁸ de los reclamos de soberanía, la toma de decisiones se halla centralizada en un grupo de Estados miembros del sistema del Tratado Antártico, en lugar de todos los Estados miembros de ONU.

En el caso de los **territorios no autónomos**¹⁷⁹ la administración se encuentra a cargo de uno o más Estados extranjeros, sin importar si a aquéllos se los llama colonia, dependencia, territorio extranjero, departamento o territorio de ultramar, o incluso territorio autónomo. El DI impone obligaciones a los Estados responsables de la administración de estos territorios, quienes deben promover el bienestar de sus habitantes, alentar su desarrollo político, económico, social y educativo y desarrollar un gobierno autónomo dentro del territorio. A estos fines las Naciones Unidas crearon el sistema de los territorios fideicomitidos bajo la supervisión del Consejo de Administración Fiduciaria.

Los **Estados asociados** constituyen una figura que surge cuando el territorio no autónomo (que actúa como futuro asociado) acuerda con un Estado independiente (llamado principal), que éste le brinde la garantía de poseer un gobierno propio dentro de su territorio, a cambio que sus relaciones exteriores y defensa sean ejercidas por el Estado principal. La Resolución 1514¹⁸⁰ de Naciones Unidas establece tres condiciones para la creación de Estados asociados:

- (i) consentimiento de la población del Estado asociado;
- (ii) obligación del Estado principal de promover el bienestar y desarrollo del asociado; y
- (iii) aprobación del acuerdo por Naciones Unidas.

En 1988, el último de los territorios administrados bajo el régimen de fideicomiso de las Naciones Unidas se convirtió en un Estado asociado. La Comunidad de las Islas Marianas del Norte, los Estados Federados de Micronesia, la República de Palau y la República de las Islas Marshall se convirtieron en Estados asociados de los Estados Unidos.¹⁸¹

III.3. Organizaciones internacionales y supranacionales de carácter público

El sistema internacional en el transcurso del siglo XX comenzó a reconocer capacidades limitadas a

Press, p. 451.

¹⁷⁸) Sin día determinado, sin plazo.

¹⁷⁹) Carta de Naciones Unidas, Capítulo XI titulado "Declaración relativa a Territorios no autónomos".

¹⁸⁰) AG ONU Res. 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14/12/1960. Adoptada por 89 votos a favor, ninguno en contra y nueve abstenciones.

¹⁸¹) Los Estados Unidos firmaron un Convenio con la Comunidad de las Islas Marianas del Norte y de Libre Asociación con los Estados Federados de Micronesia y con la República de las Islas Marshall. Desde su entrada en vigor en el otoño de 1986, se determinó que el sistema de fideicomiso de las Naciones Unidas había terminado. Este procedimiento que establece una unión política con los Estados Unidos fue aceptado por el Consejo de Administración Fiduciaria como el ejercicio legítimo del derecho a la libre determinación. Ver CS ONU Resolución 683 (1990).

personas jurídicas diferentes de los Estados. Las primeras en ser reconocidas fueron las organizaciones internacionales creadas y conformadas por Estados. Su existencia puede interpretarse como demostración de valores comunes de carácter regional y universal compartidos por los Estados.

Las organizaciones internacionales persiguen uno o más fines comunes.¹⁸² Esta idea no es nueva. La Liga de ciudades-estado griegas se organizó de forma tal de disminuir la brutalidad de la guerra. Dante Alighieri propuso la conformación de un super - Estado global que actuaría bajo el control de una corte de justicia. Con posterioridad a Westfalia, las más antiguas asociaciones interestatales son las uniones monárquicas, tanto la unión personal como la real.¹⁸³

Numerosos autores aceptan la subjetividad internacional de las organizaciones internacionales.¹⁸⁴ Verdross opina simplemente que son sujetos, en tanto el tratado fundacional les confiera tal calidad.¹⁸⁵ Lauterpacht¹⁸⁶ plantea que en el DI la legitimación activa o pasiva en una instancia internacional no debe considerarse como un factor determinante para establecer la subjetividad jurídica internacional de un determinado ente. En general existe acuerdo en que, para ser consideradas sujeto de derecho, las organizaciones internacionales deben satisfacer al menos tres criterios. Primero, debe tratarse de una organización permanente de Estados miembros que posea objetivos y órganos administrativos comunes. Segundo, debe poseer la capacidad de dictar órdenes vinculantes -al menos en algunas cuestiones- respecto de los Estados miembros. Tercero, deben existir procedimientos internacionales dirigidos a tornar efectivas las decisiones dictadas por la organización, las cuales no deben descansar sólo en la jurisdicción interna de los Estados miembros.

Akehurst¹⁸⁷ afirma que el término "organización internacional" describe usualmente una organización creada por el acuerdo de dos o más Estados, y las distingue del término "organizaciones no gubernamentales" (ONGs) que son creadas por individuos o grupos de

¹⁸²) Slomanson, William R., *Fundamental Perspectives on International Law*, 4th edition, Thomson West, USA, 2003, p. 102.

¹⁸³) Halajczuk, Bohdan y Moya Domínguez María T., *Derecho Internacional Público*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 112.

¹⁸⁴) Kelsen, H., *Principios de Derecho internacional*, 1959, p. 173; Lauterpacht H., *Règles générales du droit de la paix*, ADI, 1947, pp. 438 y ss; Scharzenberger G., *International Law 1957*, pp. 137 y ss; Friedmann y Pugh, eds., *La nueva estructura del DI*, México, 1967, pp. 262-6; entre otros.

¹⁸⁵) Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, p. 187.

¹⁸⁶) Lauterpacht, Hersch, *Oppenheim's International Law*, 8a. ed., Londres, Longman, 1962, nota 45.

¹⁸⁷) Malanczuk, Peter, *Akehurst's Introduction to International Law*, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 92. Concuerta con esto Schermers Henry G., *International Institutional law*, 3rd ed. 1995, Bowett, Derek W., *The law of international institutions*, 4th ed. 1982 y demás bibliografía allí citada.

individuos. Conforme la Carta de Naciones Unidas¹⁸⁸ existen dos tipos de organizaciones internacionales: (i) las públicas o intergubernamentales; y (ii) las privadas o no-gubernamentales. Las organizaciones internacionales públicas o intergubernamentales no sólo contemplan hoy como objetivos los intereses soberanos de los Estados, sino la promoción y protección efectiva de los derechos de la persona humana. Dentro de las organizaciones internacionales de carácter privado resaltan las organizaciones no gubernamentales -ONGs en mas- que son tratadas más adelante.¹⁸⁹ Existen organizaciones que comparten caracteres públicos y privados. Por ejemplo, los gobiernos y las corporaciones transnacionales se unieron para dar vida a la Corporación de Comunicaciones por Satélite (COMSAT).¹⁹⁰

Además de las organizaciones públicas intergubernamentales, cobran hoy especial importancia las organizaciones supraestatales. Éstas consolidan su subjetividad internacional al poder concluir acuerdos con otros actores internacionales incluidos los Estados, o estar facultadas para ordenar a sus Estados miembros una determinada conducta u omisión. En este supuesto, la transferencia de soberanía desde los Estados miembros hacia el ente supranacional tiende a aumentar el alcance y naturaleza de los poderes delegados. Se distinguen, además, por el hecho que sus miembros individuales no actúan a título de representantes gubernamentales; sus órganos deciden por el voto mayoritario, aunque calificado; y poseen la facultad de tomar decisiones vinculantes que generan un incipiente derecho comunitario.

Finalmente existen en las organizaciones supraestatales, procedimientos judiciales reglados que habilitan la revisión de actos de los Estados miembros por una corte comunitaria independiente de las jurisdicciones domésticas y jerárquicamente superiores a éstas.¹⁹¹

La capacidad de las organizaciones internacionales es siempre relativa en la medida en que se encuentra limitada por el objeto para el que fueron creadas.¹⁹² En general, dicho objeto comprende las capacidades de negociar y concluir acuerdos internacionales de carácter vinculante, presentarse

¹⁸⁸) Carta de Naciones Unidas, art. 71 menciona ambos tipos.

¹⁸⁹) El Consejo Económico y Social en su Resolución 288 de 1950, establece una pauta de tratamiento de las ONGs, mencionando que "toda organización internacional que no es creada a través de acuerdos gubernamentales internacionales [tratados] será considerada como una organización no gubernamental."

¹⁹⁰) La Corporación de Comunicaciones Satelitales (COMSAT) es una compañía global de telecomunicaciones. Basada en los Estados Unidos, posee sucursales en Brasil, Argentina, Colombia, México, Perú, Venezuela y varios otros Estados de América. La Corporación fue creada a instancias de la ley de Comunicaciones Satelitales de 1962 bajo la administración del Presidente Kennedy. También INTELSAT (por sus siglas en inglés), sistema internacional de comunicaciones por satélite que cubre el mundo establecido en 1973; y el Banco de Acuerdos Internacionales, establecido en 1930.

¹⁹¹) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 95. Ver además, Schermers Henry G., "International Organizations, legal remedies against acts of organs", EPIL II, 1995, pp. 1318-20.

¹⁹²) Así opina Verdross, Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, p. 176.

como actoras o demandadas en instancias internacionales, y gozar de ciertos privilegios e inmunidades para categorías definidas de sus funcionarios.

La existencia de personalidad legal no implica de por sí la capacidad de celebrar tratados con Estados u otras organizaciones, sino que antes debe repararse en cada instrumento constitutivo. Así, cada organización internacional posee la facultad de celebrar tratados relativos a ciertas cuestiones, pero no a otras.¹⁹³ La Comisión de DI completó su "Proyecto de Artículos sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales" en 1982, y en 1986 se adoptó la "Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales".¹⁹⁴ Sus provisiones reflejan el articulado de la "Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados", aún cuando su art. 73 determina que en el caso de un tratado conformado por varios Estados y una organización internacional, será de aplicación prioritaria en las relaciones entre los Estados, la Convención de 1969.

Las Naciones Unidas son el ejemplo más completo y acabado de este tipo de sujeto. El sistema de Naciones Unidas comprende a la organización madre y a una importante cantidad de agencias especializadas y organizaciones regionales que son abordadas más adelante. A título de ejemplo, la cooperación regional se ha ido institucionalizando alrededor de los llamados bloques políticos y económicos regionales que principiando por la Unión Europea y el Consejo de Europa, incluyen además a la OEA, la OCDE, la Unión Africana, el Acuerdo NAFTA, las comunidades del Caribe – CARICOM y Mercado Común Centroamericano-, el Pacto Andino, el MERCOSUR, UNASUR, ASEAN, la Liga Árabe, los cuales resaltan la importancia regional de los acuerdos motivados por el desarrollo y la acción política común en la esfera internacional, al tiempo que desarrollan los preceptos sentados en el art. 52 de la Carta ONU.

La personalidad jurídica de la ONU fue reconocida inicialmente en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las **Reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas** (1949)¹⁹⁵. Aquí la CIJ debió resolver si la Carta ONU otorgaba a la organización, la capacidad legal para reclamar una reparación al Estado cuyos agentes habían asesinado a los empleados de la ONU. Afirmó la Corte:

"Los sujetos de derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o

¹⁹³) Zemanek, K., International organizations Treaty making power, EPIL II, 1995, pp. 1343-6.

¹⁹⁴) El art. 84 de la Convención establece que entrará en vigencia al ser ratificada por 35 Estados. Actualmente sólo 28 países y 12 organizaciones internacionales (que no cuentan para llegar al mínimo) la han ratificado.

¹⁹⁵) CIJ, Opinión Consultiva, Reports 1949.

*en la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad. (...) En opinión de la Corte, la Organización fue pensada para ejercer y gozar; y en los hechos ejerce y goza, funciones y derechos que sólo pueden ser explicados sobre la base de la posesión de una extensa medida de personalidad internacional y la capacidad de operar en el plano internacional.*¹⁹⁶

III.4. Agencias de Estados y de organizaciones internacionales

En lo concerniente a las agencias estatales, es de interés la situación que se presenta en los Estados federales. En éstos, el hecho que los miembros participantes de la federación deleguen constitucionalmente en la autoridad federal las relaciones exteriores, no inhibe a las provincias integrantes, de entrar en relaciones contractuales de diversa índole con otros sujetos en el nivel internacional. Este tema se vincula con el derecho constitucional, en la medida que la capacidad en obligarse internacionalmente por cada provincia-estado de la unión, queda limitada por las normas fundamentales de cada sistema doméstico, conforme la división entre poderes delegados, concurrentes y reservados para cada. En este caso, ciertos autores opinan que las provincias actúan como agentes del Estado federal.¹⁹⁷

En segundo lugar, además de las agencias estatales exclusivamente domésticas, pueden los Estados crear convencionalmente agencias conjuntas y delegarles poderes de supervisión, legisferantes, e incluso judiciales. Por ejemplo, la Comisión Técnica-Mixta del Frente Marítimo del Río de la Plata, así como la Comisión Técnica-Mixta de Salto Grande.¹⁹⁸

En tercer lugar, los tratados constitutivos de organizaciones internacionales pueden crear agencias como órganos subsidiarios con suficiente poder de independencia e investirlos con capacidades administrativas, ejecutivas y judiciales sin que lleguen a constituir personas jurídicas. Este carácter lo posee la Agencia Nuclear Europea, órgano de la OECD, la cual posee considerables capacidades en el ámbito del control de la seguridad.¹⁹⁹ La extensión de su capacidad legal puede hacerlas gozar de un estatus similar al de las organizaciones internacionales, impidiendo en consecuencia, la

¹⁹⁶) CIJ, Opinión Consultiva, Reports 1949, p. 174 y ss. Puede también consultarse la obra de Whiteman M., Digest of International Law 8, Washington D.C. US government Print. Off., 1967, p. 742.

¹⁹⁷) Entre ellos Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, p. 63; Fitzmaurice G., Yearbook ILC, 1956, p. 118.

¹⁹⁸) La primera establecida por el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (1973) entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, se constituyó con el objeto de realizar estudios y adoptar y coordinar planes y medidas relativas a la conservación, preservación y racional explotación de los recursos vivos y a la protección del medio marino en la zona de interés común. La Comisión Técnica-Mixta de Salto Grande por su parte, es creada en 1946 con la firma del Convenio Binacional entre Argentina y Uruguay, con el objeto de aprovechar al máximo posible los recursos hidráulicos, y transmitir y suministrar energía a los mercados con calidad, seguridad y confiabilidad, sin descuidar la protección de la naturaleza a través de la implementación de un Sistema de Gestión Ambiental (ISO 14.000).

¹⁹⁹) Ver Arangio Ruiz, 107 Hague Recueil, 1962, p. 566.

revisión de sus decisiones por las jurisdicciones nacionales, tal como lo afirmó la Corte Suprema Argentina en **Fibraca**.²⁰⁰

IV. Entes sui-generis

IV.1. Orden de Malta

La Soberana Orden Militar de los Caballeros de Malta es otro sujeto de naturaleza especial. Fundada aproximadamente en el año 1048, en la era de las cruzadas, como la "Orden de San Juan de Jerusalem, de Rodas y de Malta", se dedicó al cuidado de los heridos y enfermos. Tras peregrinar por varios territorios²⁰¹, actualmente posee sus cuarteles centrales en Roma desde 1834 en carácter de organización humanitaria, desde donde alrededor de 8.000 Caballeros de la Orden operan hospitales y otras facilidades médicas ubicadas en distintas partes del mundo. Mantiene relaciones diplomáticas con 104 Estados, Argentina entre ellos.²⁰² Razones históricas hacen que se la considere como un ente de características estatales, aunque como luego veremos, posee similares caracteres a los del Comité Internacional de la Cruz Roja, entre ellos, su carácter humanitario, neutral, imparcial y apolítico, pudiéndose la situar en el contexto de las sociedades humanitarias que receptan los Convenios de Ginebra de 1949.²⁰³

La Corte de Casación Italiana se pronunció en 1935 aceptando el carácter soberano de la Orden, en *Nanni v. Pace y la Soberana Orden de Malta*²⁰⁴, afirmando:

*"la moderna teoría de los sujetos del derecho internacional reconoce un número de unidades colectivas cuya composición es independiente de la nacionalidad de sus miembros constitutivos y cuyo ámbito trasciende por virtud de su carácter universal, al territorio confinado a un solo estado".*²⁰⁵

Ejerce actualmente el derecho de legación activa y pasiva.

IV.2. La Santa Sede y el Vaticano

La ciudad del Vaticano considerada por algunos como un verdadero Estado, bien puede entenderse como un sujeto *sui generis*, en función de haberse acordado un estatus estatal, al tiempo que la

²⁰⁰) CSJN Argentina, *Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta Salto Grande*, 07/07/1993: "...no habiéndose impugnado constitucionalmente ni los tratados constitutivos de la organización intergubernamental, ni el acuerdo de sede, sólo cabe concluir que la inmunidad de jurisdicción de que goza la comisión Técnica Mixta de Salto Grande impide la revisión del laudo por este tribunal."

²⁰¹) La Orden rigió Rodas entre 1309 y 1522 y le fue dada Malta a través de un Tratado con Carlos V en 1530 como un feudo dentro del Reino de Sicilia. La soberanía sobre Malta fue perdida en 1798.

²⁰²) Sitio Oficial de la Orden de Malta <http://www.orderofmalta.org>, visitado en Enero de 2011.

²⁰³) III Convenio de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra, art. 125.

²⁰⁴) Corte de Casación Italia, 8 AD, 2, 1935-7, donde se afirma que la soberanía de la Orden de Malta subiste a pesar de la pérdida de su territorio. Luego en 1956 el Tribunal de Roma en *Sov. Ordine di Malta c. Caccese* de 03/11/1954 calificará al gobierno de la Orden como gobierno en el exilio.

²⁰⁵) *Nanni v. Pace and the Sovereign Order of Malta* 8 AD, p. 2. Ver también *Scarfo v. Sovereign Order of Malta* 24 ILR, p. 1 y *Sovereign Order of Malta v. Soc. An. Commerciale* 22 ILR, p. 1.

Santa Sede representa la cabeza de una de las principales religiones del mundo.²⁰⁶

Desde los tiempos medievales, el Papado gozó de una personalidad jurídica dual. Por un lado, se le reconocía el carácter de jefe espiritual de la Iglesia Católica. Por otro, se le consideraba gobernante de los Estados Pontificios. Tras la desaparición de estos Estados en 1870, se produce un período de indefinición que es resuelto en 1929 con la firma del Tratado de Letrán²⁰⁷, que estipula el reconocimiento por parte de Italia de la soberanía de la Santa Sede "como atributo inherente a su naturaleza y en conformidad con su tradición y con las exigencias de su misión en el mundo", a la vez que acepta la jurisdicción soberana de la Santa Sede sobre el Estado Vaticano, creado por el mismo tratado.²⁰⁸

Luego de 1870 el Estado Pontificio continuó negociando acuerdos internacionales y concordatos.²⁰⁹ Su independencia fue reconocida jurisprudencialmente más de un siglo después, cuando en 1987 la Corte Italiana de Casación anuló órdenes de arresto contra el arzobispo Paul Marcinkus, presidente del Banco del Vaticano y otros dos altos funcionarios, todos ellos acusados de ser partícipes en el delito de quiebra fraudulenta en el contexto del escándalo del Banco Ambrosiano. En este caso, la Corte italiana afirmó que el tratado de 1929 protegía a los órganos centrales de la Iglesia de cualquier interferencia del gobierno italiano.

El Estado Vaticano constituye así una base física para la personalidad jurídica de la Santa Sede.²¹⁰ Hay quienes identifican el Vaticano con la Santa Sede. Por su parte, otros opinan que la Santa Sede y la ciudad vaticana son dos personas diferentes, la primera cabeza de la cristiandad, la segunda un Estado en paridad de condiciones con el resto. Esta circunstancia tuvo hacia fines de 2010 un planteo interesante con la visita del Papa Benedicto XVI a Inglaterra, donde intelectuales británicos propusieron denunciar al Papa en su calidad de jefe de Estado, por ciertos abusos cometidos por cardenales Católicos en distintas partes del mundo, entendiendo que frente al delito internacional

²⁰⁶) Ver Rodoreda, Tomás J., La Santa Sede y la Ciudad del Vaticano como sujetos del derecho internacional. Centro Argentino de Estudios Internacionales CAEI, Working Paper 22, Programa de Europa. Universidad de Rosario.

²⁰⁷) Tratado de Letrán, 23 AJIL, Supl. 187-95, 1929. El tratado regula la condición jurídica de la Iglesia Católica en Italia e indemniza a la Santa Sede por la pérdida sufrida debido a la anexión de los Estados Pontificios, creándose el Estado del Vaticano. No obstante entre 1870 y 1929 la Santa Sede gozaba del derecho de legación -enviar y recibir representantes- y el derecho de firmar los tratados internacionales llamados concordatos. Sobre su personalidad jurídica ver Fitzmaurice G., Yearbook, ILC 1956, pp. 107 y 118.

²⁰⁸) Ya la ley de Garantías Italiana de 1871 relativa a "las prerrogativas del Soberano Pontífice y de la Santa Sede sobre las relaciones de la Iglesia con el Estado", estipulaba el reconocimiento de la inviolabilidad de la persona del Sumo Pontífice, quien no podía ser perseguido ante los tribunales Italianos, afirmando también la inmunidad de su residencia. Es importante remarcar que era sólo una norma doméstica y que, como además negaba al Vaticano toda soberanía territorial, el Papa jamás reconoció esta Ley de Garantías, que fue finalmente derogada por el Tratado de Letrán.

²⁰⁹) Ver por ejemplo el Acuerdo Fundamental entre la Santa Sede y el Estado de Israel del 30/12/1993, 33 ILM, 1994, p. 153.

²¹⁰) Sorensen, Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 271.

del abuso sexual de menores, la inmunidad de jurisdicción no podía ser esgrimida con éxito.²¹¹

IV.3. Otras iglesias y sociedades civiles internacionales

En la misma línea de pensamiento de considerar a la Santa Sede como representante espiritual de una religión global, y sujeto de DI, Radbruch reclama la personalidad internacional para otras iglesias además de la católica, y el internacionalista Rubio García hace lo propio respecto de aquellos partidos políticos y grupos de presión de igual alcance internacional.²¹²

Entendemos que constituciones asociaciones civiles sin fines de lucro, difiriendo sólo de las reconocidas por el derecho interno en cuanto a su alcance que deviene regional o universal. Son verdaderas organizaciones internacionales de carácter privado e interés público, las cuales tratados en la sección respectiva.

IV.4. Gobiernos en el exilio

Los gobiernos en el exilio pueden ejercer considerables poderes dentro del territorio de cualquier Estado soberano y hallarse activos en importantes ámbitos políticos. Brownlie opina que el estatus legal de un gobierno en el exilio, parte del reconocimiento que recibe de la comunidad que alega representar, que puede ser un Estado ya constituido, una comunidad beligerante o bien un pueblo no autónomo.

Su estatus será prima facie juzgado en función de la posible violación de normas de *jus cogens* que hayan motivado su creación.

El conflicto de Medio Oriente dio lugar a un gobierno en el exilio, cuando en 1988 la Organización para la Liberación de Palestina -OLP- se autoproclama como gobierno en el exilio de los territorios palestinos ocupados²¹³ por Israel en 1967, transformándose años después en la administración territorial provisional de la Autoridad Nacional Palestina como resultado de los Acuerdos de Oslo firmados por la OLP, Israel, Estados Unidos y Rusia.

²¹¹) Así ocurrió con anterioridad a la visita pactada del 16 al 19 de Septiembre de 2010, cuando el abogado activista en derechos humanos Mark Stephens pretendió el arresto del Papa. En la misma comunidad científica, Dapo Akande, experto en derecho Internacional de la Universidad de Oxford, estimó que esta tentativa no tenía ninguna posibilidad de éxito, puesto que el Papa goza de inmunidad en tanto que jefe de Estado. La posibilidad de arrestar funcionarios estatales extranjeros ya había ocurrido en Londres con el resonante caso Pinochet (1998) cuando el ex dictador Chileno fue detenido en cumplimiento de una orden de arresto cursada en España por el juez Baltasar Garzón; y también en Diciembre de 2009, cuando la Ministra de Relaciones Exteriores Israelí, Tzipi Livni, anuló un viaje a Londres tras el lanzamiento de una orden de arresto a pedido de asociaciones pro-Palestinas por crímenes contra la humanidad.

²¹²) Citados por Halajczuk, Bohdan y Moya Domínguez, María T., Derecho Internacional Público, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 103.

²¹³) CS ONU Resolución 242, 22/11/1967.

V. Tipos especiales de personalidad

V.1. Pueblos no autónomos (minorías étnicas y comunidades originarias)

El concepto de pueblo en DI posee al menos dos interpretaciones. En primer lugar, puede ser identificado con un Estado jurídicamente organizado. Verdross²¹⁴, por ejemplo, opina que los verdaderos sujetos del DI son los pueblos, y menciona ejemplos vitales como el mismo preámbulo de la Carta ONU: "Nosotros, los pueblos de las NNUU... hemos decidido unir nuestros esfuerzos...".

No obstante, el mismo autor explica que no debe confundirse este concepto de pueblo con otro particularmente distinto que denota la pertenencia a una determinada etnia, de entre todas las que componen la humanidad. Esta segunda acepción de "pueblo" que lo identifica con etnia, fue diluyéndose en occidente en tanto en otras regiones del planeta sigue tan vivo como hace siglos. La asimilación entre nación y Estado ocurrió en varios Estados asiáticos como el chino, japonés, thai (siamés), camboyano, vietnamés, laosiano, afgano y otros.²¹⁵

La Carta ONU refiere entre sus propósitos: "desarrollar relaciones de amistad entre naciones basadas en el respeto de los principios de igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos."²¹⁶ El reconocimiento del derecho de cada pueblo a determinarse libremente lleva a examinar los criterios de existencia de un pueblo como titular del derecho, a los fines de su ejercicio efectivo, circunstancia que presenta complicaciones.

La autodeterminación de los pueblos se convierte entonces en un nuevo criterio de reconocimiento estatal. La Resolución 1514 (XV)²¹⁷ afirma:

"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."

La misma CIJ se ha referido específicamente a la Declaración como "un importante paso" en el desarrollo del DI en relación con los territorios no autónomos y como "base del proceso de descolonización".²¹⁸ Algunos autores llegan a interpretar a la Declaración citada como una interpretación autorizada de la misma Carta ONU.²¹⁹

²¹⁴) Verdross, Alfred y Zemanek, Karl, Derecho Internacional Público, traducción de Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1967.

²¹⁵) Mencionado por Halajczuk, Bohdan y Moya Domínguez, María T., Derecho Internacional Público, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 105.

²¹⁶) Carta ONU, art. 1.2.

²¹⁷) AG ONU Res. 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, 14/12/1960, art. 2.

²¹⁸) CIJ, Caso de Sahara Occidental, Reports 1975, pp. 12, 31 y 32.

²¹⁹) Por ejemplo, Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, p. 600, y Asamoah Obed Y., The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations, The

La vigencia sociológica del principio fue discutida por la CIJ en las opiniones consultivas sobre Namibia (1971) y sobre el Sahara Occidental (1975)²²⁰. En la primera, la CIJ afirmó:

*"el subsiguiente desarrollo del derecho internacional en relación con los territorios no autónomos tal como está considerado en la Carta de las Naciones Unidas, vuelve aplicable en todos ellos al principio de libre determinación."*²²¹

Este punto fue reafirmado en la opinión sobre el Sahara Occidental.²²² Posteriormente, en Portugal v. Australia (Timor del Este)²²³, la CIJ dijo:

"La afirmación de Portugal relativa a que el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como ha evolucionado desde la Carta ONU y a partir de la práctica de las Naciones Unidas, posee un carácter erga-omnes, es irreprochable".

La CIJ enfatizó que el derecho de los pueblos a la libre determinación era "uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo".²²⁴

Otros órganos de Naciones Unidas han elaborado normas específicas relativas a la aplicación el principio en casos concretos. En este sentido numerosas resoluciones han sido adoptadas tanto en la AG como en el CS.²²⁵

La cuestión a resolver se presenta –y se ha vuelto evidente desde el final de la guerra fría-, en los Estados pluri-culturales, particularmente en aquellos situados en Asia y en África. En tanto las etnias que se rebelan frente a una dominación político- legal extranjera no cumplan con los requisitos internacionales solicitados -sobre todo por el DIH- para ser consideradas verdaderos movimientos de liberación nacional, tendrán el dudoso estatus de pueblos no autónomos, se encontrarán sometidos a una administración extraña, y en caso que decidan el uso de la fuerza armada contra ésta, serán objeto de una consideración dual: (i) para algunos, constituirán un pueblo en armas que lucha por su libertad de autodeterminarse; (ii) para otros, constituirán simples insurgentes o directamente, delincuentes comunes sometidos al derecho doméstico. Veamos:

"... Lo que los anteriores amos coloniales crearon como Nigeria, consiste en un

Hague, Martinus Nijhoff, 1966, pp. 177-85. Ver también Shaw Malcolm N., "The subjects of International Law", International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, capítulo 2.

²²⁰) Namibia, CIJ, Reports, 1971, p. 16; Sahara Occidental CIJ-ICJ Reports, 1975, p. 12. Ver Shaw M. N., "The Western Sahara Case", 49 BYIL, p. 119.

²²¹) CIJ, Reports, 1971, pp. 16 y 31.

²²²) CIJ, Reports, 1975, pp. 12 y 31.

²²³) CIJ, Reports, 1995, pp. 90 y 102.

²²⁴) Ídem anterior.

²²⁵) Ver por ejemplo, las Resoluciones de la AG ONU 1755 (XVII); 2138 (XXI); 2151 (XXI); 2379 (XXIII); 2383 (XXIII) y las Resoluciones del CS ONU 183 (1963); 301 (1971); 377 (1975) y 384 (1975).

*aglomeramiento de pueblos diversos desde cualquier punto de vista, salvo el color de la piel, y la organizaron como una unidad, de acuerdo con sus intereses comerciales y a su conveniencia administrativa".*²²⁶

Akehurst²²⁷ afirma que el surgimiento del etno-nacionalismo constituye una cuestión central de las relaciones internacionales. Baste mencionar las situaciones extremas de violación del núcleo duro de derechos humanos que dieron lugar a la actuación del DIPenal a fin de perseguir a los individuos responsables. La República Democrática de Congo, la República Centroafricana, Uganda, y la región de Darfur en Sudán -además de Kenya, Libia y Costa de Marfil- son países donde han ocurrido situaciones actualmente investigadas por la Corte Penal Internacional.²²⁸

La cuestión de las minorías ha precedido de hecho el tratamiento de los derechos humanos en el marco de la ONU. El problema de las minorías nacionales fue selectivamente afrontado luego de la I guerra mundial. El desmoronamiento de los imperios otomano y austro-húngaro generó la necesidad de ocuparse de la dirección política de sus poblaciones coloniales. En Europa, ciertos grupos nacionales lingüísticos y étnicos se encontraron de un momento a otro, enclavados en otros Estados nacionales, surgiendo la cuestión de las minorías nacionales. Como recuerda Stavenhagen, esta cuestión fue incluida en diversos tratados firmados entre 1919 y 1923 entre las potencias aliadas y los nuevos Estados y Estados vencidos como Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Rumania, Grecia, Austria, Bulgaria, Hungría y Turquía²²⁹.

Tras la II guerra mundial, se reconocieron ciertos derechos a los miembros de minorías étnicas, lingüísticas o culturales, a fin que el Estado donde se encontraran, respetara su derecho a la identidad, pero la posibilidad del ejercicio efectivo sólo existió en unos pocos Estados que reconocieron la existencia de minorías nacionales.

En el nivel normativo global, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos en su art. 27 reza:

²²⁶) Frase extraída del texto de proclamación de la República de Biafra, en donde se destaca la falta absoluta de unidad del país, dividido entre la selvática franja costera con población cristiana y su interior estepario, vinculado durante siglos con el Norte Africano e Islámico. Mencionado en Halajczuk, Bohdan y Moya Domínguez, María T., Derecho Internacional Público, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 105. La República de Biafra en su intento separatista existió tres años entre 1967 y 1970.

²²⁷) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 105. Ver Thornberry Patrick, International Law and the rights of minorities, 1999; Dinstein Yoram, Tabory M. (eds.) The Protection of minorities and human rights, 1991.

²²⁸) Véase Sitio web de la Corte Penal Internacional, situaciones en tratamiento ante la CPI, en internet <https://www.icc-cpi.int/pages/situation.aspx> (septiembre de 2019).

²²⁹) Stavenhagen, R., Protección de minorías, Biblioteca Jurídica, Universidad Nacional de México, p. 144. En internet <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1740/12.pdf>.

"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

Luego encontramos la "Declaración de Naciones Unidas sobre las personas que pertenecen a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas".²³⁰

En el nivel regional, Europa ha creado la figura del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales²³¹, y aprobado su "Carta Europea para las Lenguas Regionales o Minoritarias", que fue adoptada por el Consejo de Europa en 1992, así como la "Convención Marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales".²³²

A pesar de la normativa en progreso mencionada, la calificación de minoría nacional permanece controvertida. Es de citar la definición a la que llega Capotorti, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la cuestión. Para él una minoría nacional es:

*"Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en una posición no-dominante, cuyos miembros -siendo nacionales del Estado- poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de aquellas del resto de la población y demuestran, aún solo implícitamente, un sentido de solidaridad dirigido hacia la preservación de sus culturas, tradiciones, religiones o lenguaje."*²³³

Además de los derechos de las minorías nacionales, las poblaciones originarias desplazadas por los colonizadores son actual motivo de reivindicación. A título de ejemplo puede citarse a los Aborígenes australianos; las diferentes tribus nativas que habitan Estados Unidos; los Inuit o Esquimales, los Maorí de Nueva Zelanda, y en nuestro país²³⁴, entre varios otros, los Diaguitas, Comechingones, Huarpes, Pehuenches, Querandíes, Araucanos, Mapuches, Tehuenches, Onas, Pampas y Tobas. Se estima que un total de entre 100 y 200 millones de personas habitantes de más de 40 Estados podrían ser agrupados dentro de esta categoría.

²³⁰) Ver Philips, Alan, Rosas Allan (eds.) The UN Minority Rights Declaration, Abo Akademi University Institute for Human Rights and Minority Rights Group, 1993.

²³¹) Ver Klein, E. (ed.), The institution of a Commissioner for Human Rights and Minorities and the Prevention of Human Rights Violations, 1994.

²³²) Firmada en Estrasburgo, el 01/02/1995.

²³³) Capotorti, Francesco, Study on the Rights of Persons belonging to ethnic, religious and linguistic Minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev. I, 1979.

²³⁴) Para un detalle de la totalidad de pueblos originarios y su distribución por región, puede consultar el sitio oficial <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/paginas.dhtml?pagina=181>.

La doctrina de los Derechos de los Pueblos²³⁵ fue tomando forma a partir de la Declaración de Argel²³⁶ (1978). En el marco de estas ideas, destacarían el derecho a la alimentación, a un ambiente sano y al desarrollo sustentable, y el derecho a la paz, todos los cuales se entienden como parte de una tercera generación de derechos emergentes, cuyo titular es la comunidad toda.²³⁷

En tanto ciertos autores opinan a favor de brindar el estatus de actores internacionales a colectivos tales como las tribus de América del Norte²³⁸, los Estados han negado sistemáticamente esta posibilidad. El DIDH ha influido recientemente a fin de producir una revisión absoluta del estatus doméstico e internacional de los pueblos nativos. Los pueblos y comunidades originarios cuentan hoy con una protección legal internacional generada por los Estados. Si bien la legislación existente ha visto la luz debido a la presión de la sociedad civil, obliga a los Estados al respeto de ciertos derechos básicos de los miembros de estos pueblos. Argentina en su Constitución²³⁹, reconoce la preexistencia étnica y cultural de sus pueblos indígenas y les garantiza el respeto de su identidad y derechos básicos.

En 1982, las Naciones Unidas crean un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Nativos (originarios), y en el año 1993, la AG ONU adopta un Programa de actividades para lo que dio en llamar la "Década de los pueblos originarios del mundo", que se extendió entre 1995 y 2004. La tendencia actual se dirige a integrar a estos pueblos y a sus representantes en la estructura de las Naciones Unidas. En 1994 se aprueba el Proyecto de "Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Originarios"²⁴⁰, que es adoptado por la Comisión de Naciones Unidas sobre Derechos humanos en 2007, y asimismo se establece un Grupo de Trabajo sobre la cuestión.²⁴¹ La Declaración reconoce derechos grupales a los pueblos originarios, los cuales son considerados "iguales en dignidad y

²³⁵) Entre quienes abogan por este derecho de los pueblos encontramos a Falk Richard A., *Human rights and State sovereignty*, Holmes and Meier, New York, 1981; Crawford James, (ed.) *The rights of peoples*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

²³⁶) Ver Cassese, Antonio y Juvé (eds.), *Un Law, Fundamental Rights: Two Topics in International Law*, Pour un droit des peuples, 1978, Martinus Nijhoff, p. 27.

²³⁷) Así fueron recibiendo reconocimiento legal a través de la Declaración sobre el derecho al desarrollo adoptada por la AG ONU en 4/12/1986 Resolución 41/128 con 146 votos a favor y 1 en contra (EEUU) y 8 abstenciones. El derecho a un adecuado estándar de vida (el derecho a una adecuada alimentación) recibe reconocimiento sustancial además del Pacto de derecho económicos, sociales y culturales (art. 11), en la Resolución de la AG ONU 3348 (XXIX) del 17/12/1974. El desarrollo sustentable constituye hoy un principio básico de las relaciones entre la economía internacional y la protección del medio ambiente. Regionalmente África titula su propia carta constitutiva como Carta Africana de los derechos del hombre y de los Pueblos adoptada en 1981

²³⁸) Conf. von Glahn, G., *Law Among Nations*, 7th edition, USA, 1992, p. 64.

²³⁹) Constitución Nacional Argentina, art. 75, inc. 17. Es ésta una facultad concurrente del Congreso Nacional y las Provincias.

²⁴⁰) Concluida el 26/08/1994, es finalmente adoptada el 13/09/2007 por mayoría de 143 Estados a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y los Estados Unidos) y 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenya, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania).

²⁴¹) Dependiente de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, puede consultarse su tarea en el sitio oficial <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/groups/groups-01.htm> ,

derechos a todos los otros pueblos" (preámbulo). Se les reconoce también el derecho de autodeterminación.²⁴²

El Principio 22 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo afirma:

"Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible."²⁴³

Argentina ha complementado la Declaración con normativa interna propia y la adhesión a normativa regional e internacional.²⁴⁴

Los obstáculos para llegar a una definición inclusiva son similares a los que se presentan en el caso de las minorías nacionales. Akehurst refiere la definición formulada por Martínez Cobo, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el tema:

"las comunidades originarias, pueblos y naciones son aquellos que, poseyendo una continuidad histórica desde antes de la invasión y las sociedades coloniales que se han desarrollado en sus territorios, se consideran a sí mismos como distintos de otros sectores de la sociedad que hoy prevalece en tales territorios, o partes de este. Ellos conforman al presente sectores no dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales, su identidad étnica, como las bases de su continua existencia como pueblos, conforme con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales."²⁴⁵

A pesar de los desarrollos expuestos, debemos concluir que, en el presente estado del DI, los pueblos originarios no constituyen sujetos del sistema internacional²⁴⁶, sino que pueden clasificarse dentro de la categoría de grupos protegidos por éste, por su especial situación de vulnerabilidad y desamparo.

V.2. Insurgencia, beligerancia y movimientos de liberación nacional

La pluri-etnicidad existente en un Estado sumada al ejercicio excluyente del poder por una de las

²⁴²) art. 3 de la Declaración: "Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

²⁴³) Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992, Principio 22.

²⁴⁴) CN Argentina, art. 75(17), Identidad y Derechos de los pueblos indígenas; art. 75(22). Leyes 23.302; 24.071; 24.725. Ver Argentina, Instituto Nacional de Asuntos Indígenas para protección y apoyo a las comunidades aborígenes y apoyo a las comunidades aborígenes. Sitio web <http://www.biotech.bioetica.org/d110.htm>

²⁴⁵) Martínez Cobo, José, Study of the problem of discrimination against indigenous populations, 1983, UN Doc. E/CN.4/Sub.27/1983/21/Add.8, paras 379-80.

²⁴⁶) En igual sentido ver Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 108.

etnias, arroja como resultado un conflicto real o latente.

Akehurst afirma que no existen reglas de DI que prohíban la secesión dentro de un Estado. De igual forma, tampoco le está prohibido al Estado acallar el movimiento secesionista, si posee los medios para ello.²⁴⁷ Haverland²⁴⁸ va más allá al expresar que cualquiera sea el resultado final del conflicto armado, "será aceptado como legal a los ojos del DI." Aún así y en todo caso, la violación del principio de libre determinación de los pueblos, constituye "una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta ONU, y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales."²⁴⁹

La insurgencia es la primera manifestación de levantamiento en contra del orden establecido. Anterior a la beligerancia, denota la condición civil de grupos que se levantan en armas contra el gobierno constituido. La insurgencia en el contexto de una guerra civil ha sido, según Akehurst, "largamente reconocida" por el DI, el cual brinda ciertos derechos y obligaciones a quienes controlan algún territorio y pueden eventualmente convertirse en "el nuevo gobierno efectivo del Estado".²⁵⁰ Menciona Sorensen que en relación con terceros Estados, "la insurgencia puede implicar derechos o privilegios que ellos [los terceros Estados] han acordado conceder a la parte rebelde".²⁵¹ Por lo tanto como expresa Verdross²⁵², en el caso de la insurgencia, el reconocimiento es puramente constitutivo, conforme el arbitrio del Estado que reconoce al grupo.

La intervención de terceros Estados en apoyo de los grupos insurgentes se encuentra prohibida por el DI.²⁵³ Como puede entenderse, hay una delgada línea que separa la prohibición de apoyo directo -ayuda militar o logística-, de un apoyo político, que puede expresarse a través del reconocimiento del movimiento separatista.

Por ejemplo, en el conflicto de la ex-Yugoslavia, Alemania y Austria brindaron un muy temprano reconocimiento a las nuevas repúblicas de Eslovenia y Croacia como forma de contener la guerra civil, que, según ciertas opiniones, sólo ayudó a estimularla.²⁵⁴ La República de Kosovo se declara

²⁴⁷) Malanczuk, Peter, *Akehurst's Introduction to International Law*, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 78.

²⁴⁸) Haverland, Christine, *Secession*, EPIL 10, 1987, p. 384

²⁴⁹) AG ONU Res. 1514 (XV), Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, art.1, 14/12/1960.

²⁵⁰) Malanczuk, Peter, *Akehurst's Introduction to International Law*, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 104.

²⁵¹) Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 295.

²⁵²) Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, p. 193.

²⁵³) Por ejemplo, la Res. AG ONU 2131 (XX) de 21/12/1965, UNYb 1965, declara que "ningún Estado organizará asistirá, fomentará, financiará, incitará o tolerará actividades subversivas, terroristas o armadas dirigidas hacia la expulsión violenta del régimen de otro Estado, o a interferir en la guerra civil en otro Estado."

²⁵⁴) Weller, M., *The international response to the dissolution of the socialist republic of Yugoslavia*, AJIL 86, 1992, pp. 569-607.

independiente en 2008 y es reconocida inmediatamente por Estados Unidos y otros países europeos. El 8/10/2008 la AG ONU solicita a la CIJ -a propuesta serbia- una opinión consultiva preguntando si la independencia de Kosovo era compatible con el DI. La CIJ opina en 2010 que la declaración de independencia no viola el DI ni la Resolución 1244 de Naciones Unidas.²⁵⁵

Menciona Lauterpacht que la insurgencia,

*"hasta donde interesa a los Estados extranjeros, resulta, por un lado, de la decisión de estos Estados de no reconocer a la parte insurgente como beligerante, sobre la base de que faltan uno o más requisitos de la beligerancia. Por otro lado, el reconocimiento de la insurgencia es el resultado, tanto de la renuencia de los Estados extranjeros para tratar a los rebeldes como simple violadores del derecho, como del deseo de los Estados de asentar sus relaciones con los insurgentes sobre una base regular, aunque evidentemente provisional".*²⁵⁶

De esta forma, los terceros Estados ajenos al conflicto se convierten en árbitros de la existencia de los requisitos necesarios -conforme el mismo DI que ellos crean-, para la transformación del grupo insurgente en beligerante, y así brindarles el amparo del DI.

En segundo lugar, el estado de beligerancia es una institución del DI, por la cual los auto-proclamados movimientos beligerantes pretenden les sean aplicadas las normas internacionales que gobiernan este instituto en lugar del derecho doméstico. El reconocimiento del estado de beligerancia es atributo propio del DI²⁵⁷, que establece los siguientes requisitos²⁵⁸:

- (i) la existencia de un conflicto armado de carácter general dentro del territorio;
- (ii) la ocupación de una parte sustancial del territorio estatal por las fuerzas insurgentes;
- (iii) la observancia de las reglas del DIH por parte de grupos organizados, que actúan bajo un mando unificado, poseen una estructura de mando, y llevan sus armas de manera manifiesta frente al enemigo.

El grupo en armas que reúna las cualidades referidas, puede obtener el reconocimiento inicial del Estado contra el que lucha, o bien, de terceros Estados. Dicho reconocimiento confiere derechos tales como el "derecho de bloqueo, visita, búsqueda, y secuestro de artículos de contrabando en alta mar, y el abandono de reclamos por daños sufridos por los propios ciudadanos durante el conflicto

²⁵⁵) Kosovo declara por segunda vez su independencia el 17/02/2008 -la primera aconteció el 7/09/1990- afirmando la escisión de su territorio con mayoría de población Albanesa del resto de Serbia, y creando un nuevo Estado. Un total de 116 Estados -a Julio de 2019- reconocieron a la recién creada República de Kosovo, en tanto Serbia, Rusia y los países Latinoamericanos se opusieron a la misma.

²⁵⁶) Lauterpacht, H., Recognition in International Law, Cambridge University Press, 1947, p. 275 y ss.

²⁵⁷) Sorensen, Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 293.

²⁵⁸) Entre otros documentos mencionan estos requisitos el Institut de Droit International, Reglamento sobre la guerra civil, arts. 7 y 8.

armado²⁵⁹, conforme lo manifestó la Corte Suprema de Estados Unidos durante la guerra de secesión.

Menciona Verdross que la beligerancia nace y se desarrolla como un instituto del derecho de guerra, presumiendo, por lo tanto, su licitud. Sin embargo, cuando la Carta ONU proscribe el recurso a la fuerza, la institución no pierde utilidad, sino que cambia de uso, constituyéndose en herramienta de los movimientos que luchan contra la dominación u ocupación extranjera o colonial, en calidad de excepción a la prohibición general del art. 2(4) Carta ONU.

En la práctica tanto los movimientos beligerantes como los insurgentes pueden celebrar actos jurídicos y concluir acuerdos en tal calidad, válidos en el plano internacional, con otros Estados o movimientos de similar carácter.²⁶⁰ Al respecto Fitzmaurice atribuye capacidad de realizar acuerdos:

*"a entes para-estatales reconocidos como poseyendo una forma definida y limitada de personalidad internacional, por ejemplo, comunidades insurgentes reconocidas bajo el estatus de beligerantes – autoridades de facto en control de un territorio específico."*²⁶¹

Cassese²⁶² opina que ambas comunidades -beligerantes e insurgentes- poseen obligaciones internacionales determinadas por la regla consuetudinaria del *jus cogens*. Esta regla se aplica tanto a los actos que ejecutan como a los acuerdos internacionales de los que son parte.

Algunos de estos movimientos han obtenido el estatus de observadores en la ONU. Tal el caso de la Organización para la Liberación de Palestina, circunstancia que produjo en el año 1988 un conflicto con el país anfitrión, ya que Estados Unidos pretendía cerrar la sede de la OLP en Washington, invocando su ley Antiterrorista. Una Corte de Estados Unidos declaró en tal oportunidad que los actos de su gobierno constituían una violación del Acuerdo de Sede entre Estados Unidos y la ONU.²⁶³

Los procesos de descolonización iniciados a mediados del siglo XX hicieron surgir la problemática del estatus legal de los **movimientos de liberación nacional** que se atribuyeran la representación de "pueblos bajo dominio colonial, extranjero o racial".²⁶⁴ La situación de los grupos que utilizan la

²⁵⁹) Corte Suprema de Estados Unidos, caso The three friends, 166 US1, 63, 17,S Ct. 495, 502, 41 L. Ed. 897, 1897.

²⁶⁰) Brownlie, Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, p. 64. Ver Chen Ti-Chiang, The International Law of recognition, 1951, p. 303.

²⁶¹) Fitzmaurice, G., Yearbook, ILC, 1958, pp. 24 y 32. Véase al respecto la opinión disidente del Juez Moreno Quintana en el caso Expenses, CIJ Reports, 1962, p. 246.

²⁶²) Cassese, Antonio, International Law, 2nd Edition, Oxford University Press, UK, 2005, p. 205.

²⁶³) Documents on the controversy surrounding the closing of the Palestine Liberation Organization Observer Mission to the UN, 1988, US District Court for the Southern District of New York, Decision in United States v. PLO, pp. 1055-1091.

²⁶⁴) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 104.

fuerza armada contra el gobierno oficial del Estado difiere de la de los movimientos insurgentes y beligerantes, aunque en la práctica existen superposiciones.

Barboza²⁶⁵ opina que los movimientos de liberación nacional son considerados sujetos del derecho de gentes, ya que el conflicto que se suscita con su accionar es de carácter internacional, y no interno -como opina, ocurre en el caso de los movimientos insurgentes y eventualmente en los beligerantes-. Para esto, el pretendido movimiento deberá contar con el reconocimiento de la organización regional existente en la región donde el movimiento opera.

El año 1974 reviste una importancia fundamental para los movimientos de liberación nacional. Al comenzar en Suiza la Conferencia sobre Reglas de la Guerra, le fue permitida la asistencia en calidad de miembro, a una delegación de fuerzas rebeldes que controlaban parte del territorio de la entonces Guinea portuguesa -actual Guinea Bissau-.²⁶⁶ El mismo año fue testigo del encumbramiento de la Organización de Liberación Palestina -OLP- al rango de representante del pueblo Palestino, por parte de la AG ONU.²⁶⁷ En 1988 en Argel el Consejo Nacional Palestino proclamó el establecimiento del Estado independiente de Palestina, proclama simbólica ya que la totalidad del territorio se hallaba ocupada por Israel.

La AG ONU avaló el status de "observador" de aquellos movimientos africanos de liberación nacional que habían sido previamente reconocidos por la Organización de la Unidad Africana (OUA, hoy Unión Africana), mediante la Resolución 2918 (XVII). Por medio de la Resolución 3247 (XXIX), la Asamblea aceptó que los movimientos de liberación nacional reconocidos por la OUA o la Liga Árabe pudieran participar en sus sesiones, en conferencias auspiciadas por la Asamblea y en reuniones de las Agencias Especializadas y otros órganos de Naciones Unidas.²⁶⁸

El requisito del previo reconocimiento regional ha funcionado como una forma de evitar la entrada temprana de movimientos secesionistas a la AG ONU. En igual sentido se ha expresado el Consejo

²⁶⁵) Barboza, Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, p. 162.

²⁶⁶) Ver Shaw, M. N., "The International Status of National Liberation Movements: 5 Liverpool Law Review, 1983, p. 19, y Ranjeva R., "Peoples and National Liberation Movements" in International Law: Achievements and Prospects (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991, 17. 101. También Cassese, International Law, p. 75, y Wilson H., International Law and the Use of Force by National Liberation Movements, Oxford, 1988.

²⁶⁷) Este estatus de representante fue obtenido por 105 votos a favor y 4 en contra, y si bien en el primer momento solo le fue otorgado para participar de los debates relativos a la cuestión de Palestina, su participación luego se fue ampliando a otras agencias de la ONU, organizaciones multilaterales -como el Grupo de los 77 y Liga Árabe- y conferencias internacionales.

²⁶⁸) Mientras que al líder del Partido Africano para la independencia de Guinea y Cabo Verde (PAIGC) no le fue permitido hablar ante la AG ONU en 1973, el líder de la OLP pudo dirigirse a ese cuerpo en 1974. Ver Doc. AIC.4ISR.1978 p. 23 y la Resolución 3237 (XXIX).

Económico y Social.²⁶⁹ El CS ONU aceptó a la OLP en sus sesiones al tratarse la cuestión Palestina, de igual forma que hubiera aceptado un Estado miembro no integrante del CS, aun cuando esta decisión motivó serios planteos constitucionales.²⁷⁰

En resumen, los pueblos son titulares de ciertos derechos -libre determinación; soberanía sobre sus recursos naturales; retorno; etc.-; y los ejercen en situaciones particulares. El DI les permite incluso, el uso legal de la fuerza a fin de ejercerlos. No obstante, existe un claro inconveniente al momento de concretar la titularidad de tales derechos. El concepto de "pueblo" ha devenido multívoco y por lo tanto, equívoco. No obstante, sea cual fuere la calificación de "pueblo" en el sentido del DI y a los efectos del ejercicio de sus derechos, una vez reconocido, puede actuar libremente, tanto en situaciones de conflicto como de cooperación.

V.3. La Humanidad

El tema de la personalidad jurídica de la humanidad se debate en Argentina a partir del 7º Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de DI²⁷¹, luego que Armando Cocca brindara un informe sobre los astronautas como primeros hombres que alunizaron en calidad de enviados de la humanidad. Barboza²⁷² opina que no existe en el derecho de gentes un sujeto que represente a la humanidad, no obstante, acepta que la misma es titular de ciertos derechos que le han sido reconocidos.

El espacio ultraterrestre, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes²⁷³ deben ser explorados y utilizados en provecho e interés de todos los países, en tanto constituyen una cuestión que incumbe a la Humanidad. Los astronautas son enviados de la Humanidad²⁷⁴, en tanto la Luna es patrimonio común de la Humanidad.²⁷⁵

La Humanidad como sujeto de derecho es titular de los recursos existentes en los fondos marinos más allá de las jurisdicciones nacionales, representada para este específico caso, por la Autoridad de la Zona, conforme lo afirma la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.²⁷⁶

²⁶⁹) ECOSOC Resolución 1949 (LVII), 8. May, 1975, rule 73.

²⁷⁰) Yearbook of the UN, 1972, p. 70; 1978, p. 297; UN Chronicle, April 1982, 17-p. 16.

²⁷¹) Buenos Aires, agosto de 1969.

²⁷²) Barboza, Julio, Derecho Internacional Público, Zavallía Editor, 1a ed., 1999, Buenos Aires, Argentina, p. 157.

²⁷³) 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, art. 1. Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre, Naciones Unidas, Nueva York, 2002. Doc. S.02.I.20.

²⁷⁴) Ídem, art. 5.

²⁷⁵) Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes, art. 11 y también art. 4. Tratados y Principios de las Naciones Unidas sobre el Espacio Ultraterrestre, Naciones Unidas, Nueva York, 2002. Doc. S.02.I.20.

²⁷⁶) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, arts. 136 que afirma el principio y 137,

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural considera que:

*"ciertos bienes del patrimonio cultural y natural presentan un interés excepcional que exige ser conserven como elementos del patrimonio mundial de la humanidad entera."*²⁷⁷

No vemos obstáculo alguno en reconocer la personalidad jurídica de la Humanidad como un colectivo titular de ciertos derechos. En realidad, si se acepta la idea de un grupo humano vinculado política, social y culturalmente como titular de ciertos derechos, el reconocimiento de la Humanidad en cuanto sumatoria de los pueblos, deviene un imperativo. Por otra parte, la misma concepción de un instituto tal como el "patrimonio común de la Humanidad"²⁷⁸ presupone la subjetividad del ente como acreedora y deudora jurídica internacional.

VI. La subjetividad en las personas jurídicas de la globalización

VI.1. Organizaciones internacionales de carácter privado e interés público: las organizaciones no gubernamentales

Las organizaciones no gubernamentales (ONGs) han llegado a septuplicar el número actual de organizaciones intergubernamentales.²⁷⁹ Los medios audiovisuales informan diariamente sobre propuestas y acciones de entes tales como Médicos sin Fronteras, Greenpeace o Amnistía Internacional, entre otros miles. Éstos constituyen verdaderos impulsores de la opinión pública internacional y formadores de opinión en base a sus campañas de concienciación. Son parte de una red global de solidaridad y cooperación desarrollada a la par de los Estados, y muchas veces en contra de los intereses declarados de la mayoría de los gobiernos.

La miríada de intereses que protegen las ONGs posee como denominador común la promoción y protección de un amplio espectro de derechos humanos: la ayuda legal y judicial; los derechos económicos y sociales; la ayuda humanitaria; la educación; los derechos de las mujeres, de las minorías y de otros grupos vulnerables; el medio ambiente; etc. Existen numerosas ONGs

especialmente su inc. 2 que refiere: "2. Todos los derechos sobre los recursos de la Zona pertenecen a toda la humanidad, en cuyo nombre actuará la Autoridad. Estos recursos son inalienables. No obstante, los minerales extraídos de la Zona sólo podrán enajenarse con arreglo a esta Parte y a las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad".

²⁷⁷) Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, UNESCO, París, 23/11/1972, Preámbulo.

²⁷⁸) Véase Lopez Zamarripa, Norka, "Régimen legal internacional en torno del Patrimonio Común de la Humanidad", en Derecho y Cultura, UNAM, México, No. 4 Otoño 2001, p. 121-132.

²⁷⁹) En 1909 el número de ONGs era de 176 y el de inter-gubernamentales, de 37. En 1997 las primeras habían crecido a 40.306 y las segundas alcanzaban 6.115. Yearbook of international organizations 1997-1998, 34 ed. Munich. K.G. Saur Munchen Publishers, 1998, Table 2, Appendix 3, p. 1749. En relación con las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, ver Archer Clive, International organizations, 2nd ed., London, Routledge, 1992, especialmente el capítulo 2 referido a la Clasificación de las organizaciones internacionales, p. 38.

comprometidas con la defensa de los derechos humanos. Por su actividad universal sobresalen Amnesty, Human Rights Watch y la Federación Internacional de los derechos humanos. En la protección del medio ambiente, Greenpeace ha ganado reputación mundial. La Coalición para la Corte Penal internacional (ICCNOW) comprende un importante número de ONGs que trabajan para el desarrollo del DIPenal, combatir la impunidad y el correcto funcionamiento de una Corte Penal Internacional verdaderamente universal.

El rol que desarrollan estas organizaciones es básicamente informal, actuando por fuera de los procedimientos tradicionales y a veces incluso, desafiando las mismas normas jurídicas. Su actividad se dirige a producir efectos en la legislación internacional relativa a uno o más temas específicos, sumando experiencia en los contenidos del debate y supervisando la transparencia de los procedimientos y la instrumentación de las decisiones. Por ejemplo, en materia ambiental, las ONGs fueron reconocidas en la Agenda XXI²⁸⁰ como participantes necesarias del desarrollo sustentable.

Ciertas organizaciones internacionales intergubernamental han concedido un estatus consultivo o de observador a determinadas ONG. Conforme el art. 71 de la Carta ONU, el Consejo Económico y Social adoptó una cantidad importante de resoluciones relativas al carácter consultivo de las ONG, que al presente suman más de 2.700 ONG ubicadas en tal situación.²⁸¹ Como ejemplo, se destaca el reconocimiento brindado en 1991 por la AG ONU al Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR en más- como "observador", hecho que en opinión de Akehurst-Malanczuk²⁸², no lo convierte por sí solo en sujeto de DI. El mismo CICR, que es una ONG de carácter privado y sujeta al derecho suizo, en su calidad de órgano de aplicación del DIH ha entrado en negociaciones internacionales con otros sujetos de DI, como la Unión Europea.²⁸³

Ya desde fines del siglo XX, diversos esfuerzos se vienen realizando para mejorar la legitimación procesal de las ONG en las instancias internacionales²⁸⁴, sin mayor éxito hasta el momento. Sin embargo, a nivel regional y en el marco de la estructura del Consejo de Europa, las ONG han

²⁸⁰) Agenda XXI, Capítulo 27, Fortalecimiento del papel de las organizaciones no gubernamentales, asociadas en la búsqueda de un desarrollo sostenible.

²⁸¹) Las ONG están clasificadas en tres categorías por el CEyS ONU: (a) Organizaciones que se interesan en la mayor parte de las actividades del Consejo; (b) Organizaciones con competencia especial en áreas específicas; y (c) Organizaciones que ocasionalmente pueden efectuar aportes a la labor del Consejo. Ver Naciones Unidas Centro de Información.

²⁸²) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 97.

²⁸³) Yearbook of the ILC, 1981, vol. 11, p. 12.

²⁸⁴) Los esfuerzos han sido liderados por el Institute of International Law, que es una ONG que recibió el Premio Nobel en 1904 y se encuentra integrada por los principales publicistas del mundo.

obtenido un estatus común provisto por la "Convención Europea sobre el Reconocimiento de la Personalidad Legal de las Organizaciones no Gubernamentales".²⁸⁵ Aquí se caracteriza a las ONG como:

"Las asociaciones, fundaciones y otras instituciones privadas que cumplan las condiciones siguientes: a) tener un fin no lucrativo de utilidad internacional; b) haber sido creadas por un acto relevante de Derecho interno; c) ejercer una actividad efectiva al menos en dos Estados; d) tener su sede estatutaria en el territorio de un Estado parte y su sede real sobre el territorio de ese o de otro Estado parte."

Asimismo, y dentro de la misma UE, el Comité de Ministros aprobó en 2007 una Recomendación sobre la condición jurídica de las ONG en Europa.²⁸⁶ Esta norma afirma que las ONG pueden o no poseer personalidad jurídica conforme el derecho interno, igualando a las primeras con cualquier otro sujeto de derecho interno, y estableciendo una serie de pautas destinadas a crear un marco para la adquisición de la personalidad jurídica.²⁸⁷

Un punto controvertido ha sido el marcado activismo demostrado por las ONG en defensa de los intereses que promueven, lo cual, bajo ciertas circunstancias, las ha llevado a colisionar con el derecho doméstico. En ocasiones sus acciones directas han producido consecuencias legales. Greenpeace, por ejemplo, llevó adelante una exitosa campaña de boicot hacia los productos de Shell en 1995, forzando a la empresa a desistir de su proyecto de hundir una plataforma petrolera en el Atlántico Norte, a pesar de que Shell había obtenido la autorización del gobierno británico. Poco tiempo después, Greenpeace comienza una campaña contra el reinicio de ensayos nucleares por parte de Francia en el Pacífico, cuestión que revivió los sucesos ocurridos en torno del "Rainbow Warrior" diez años antes, generadores del primer caso internacional en que un Estado soberano -Francia- acuerda someter a solución arbitral la controversia que mantenía con una ONG -Greenpeace-, debiendo finalmente indemnizar los daños producidos por los agentes estatales. En diciembre de 1985, Francia y el "Stichting Greenpeace Council" actuando por sí mismo, por organizaciones asociadas con Greenpeace y los dueños y operadores del buque acordaron un compromiso, negociando un acuerdo que incluyó una compensación para Greenpeace.²⁸⁸

²⁸⁵) Convención Europea sobre el Reconocimiento de la Personalidad Legal de las Organizaciones no Gubernamentales, firmada en 1986 y vigente desde 1991, reconoce la personalidad jurídica de las ONGs adjudicándole derechos y obligaciones conforme la personalidad brindada por el derecho del lugar de constitución.

²⁸⁶) Recomendación CM/Rec (2007) 14 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la condición jurídica de las organizaciones no gubernamentales en Europa (Adoptada por el Comité de Ministros el 10/10/2007 en la 1006a reunión de los Delegados de los Ministros).

²⁸⁷) CM/Rec (2007) 14, arts. 1 y 28 a 41.

²⁸⁸) En el caso *The Rainbow Warrior (Greenpeace v. France)*. Arbitration Award, 2 October 1987 (summary French text in (1987) 33 A.F.D.I. 923-4). Ver Harding Christopher, *Vingt ans apres: Rainbow Warrior, Legal Ordering, and Legal Complexity*, p. 103. Como resultado del laudo, Francia debió pagar a Greenpeace US\$ 8,159,000 (5,000,000 US\$ por el buque, 1,200,000 por daños agravados y el resto por gastos del proceso arbitral).

Posteriormente, Francia fue demandada por Nueva Zelanda.²⁸⁹

Otro aspecto para destacar es la centralización espacial del activismo humanitario desarrollado por las ONG de actuación internacional. Una cantidad considerable de ONG se encuentran constituidas y tienen su base en un grupo relativamente pequeño de países industrializados como el Reino Unido, Francia, Suiza y los Estados Unidos. Esta circunstancia no es menor ya que produce una suerte de desbalance cultural en cuanto a los propósitos fijados y los medios utilizados para alcanzarlos. De todas formas, la actividad desinteresada que cientos de ONG realiza diariamente en el mundo se relaciona con cuestiones universales como la transparencia de la información; la ayuda humanitaria; la lucha contra la pobreza; la promoción de la educación; etc.

Si bien en teoría no constituyen un sujeto de DI, afirma August²⁹⁰ que en la práctica ciertas ONG que desempeñan funciones similares a otras organizaciones intergubernamentales son tratadas como sujetos de DI. A este fin, se les brinda diversos estatus como los de organizaciones cuasi-gubernamentales; semi-oficiales o de carácter "predominantemente intergubernamental".

VI.2. Las corporaciones transnacionales

Aun cuando suene anecdótico recordar la famosa frase "lo que es bueno para la General Motors es bueno para Estados Unidos"²⁹¹, no podemos dejar de mencionar que históricamente, las corporaciones fueron creadas sólo por un acto especial y único del soberano, en su exclusivo beneficio. Era el soberano quien delegaba en ellas el ejercicio del comercio. Hoy día, alejadas de su origen histórico, las principales corporaciones transnacionales²⁹² poseen presupuestos que exceden ampliamente los de gran parte de los Estados miembros de la ONU y es de esperar, asegura Akehurst²⁹³, que en las primeras décadas del siglo XXI se vuelvan más poderosas aún. Varias

²⁸⁹) Tribunal Arbitral de Naciones Unidas, presidido por el entonces Secretario General, Javier Pérez de Cuellar. Véase Reports of International Arbitral Awards, UN, Volume XX, pp. 215-284. Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair. 30/04/1990.

²⁹⁰) August Ray, Public International Law, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, US, 1994, p. 202. El autor menciona la situación de la International Air Transport Association -IATA- y el caso Jenni v. Conseil D'Etat of the Canton of Geneva, Switzerland, Federal Tribunal, Public Law Chamber, 1978, Annuaire Suisse de Droit International, vol. 1979, p. 151. Aquí el Consejo de Estado de Ginebra había brindado el estatus de organización pública internacional a la IATA fundado en las funciones que ejecuta y el rol que desempeña en las relaciones internacionales.

²⁹¹) Frase atribuida a John Foster Dulles, Secretario de Estado de Estados Unidos bajo la administración Eisenhower.

²⁹²) El derecho continental divide a las personas jurídicas en civiles y comerciales, en tanto en el common law, la figura de la "corporation" alude a aquellas personas jurídicas creadas con la principal finalidad de limitar la responsabilidad de sus miembros respecto de la que legalmente les correspondería en su carácter individual. Tomamos como base de análisis la participación jurídica internacional de las mismas sea en relaciones de carácter privado o público que en definitiva arrojen como consecuencia la posibilidad de demandar o ser demandadas por entes soberanos. Ver Saari David J., Global corporations and sovereign nations: collision or cooperation?, Westport, CT Quorum Books, 1999.

²⁹³) Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p.

definiciones existen de este fenómeno del capitalismo global.²⁹⁴

En forma rutinaria, las corporaciones transnacionales celebran acuerdos con Estados con el objeto de obtener concesiones, exenciones, privilegios e inmunidades de diversos tipos. Como consecuencia y frente al surgimiento de una controversia pueden iniciar acciones ante tribunales internacionales reclamando al Estado los daños ocasionados por el incumplimiento del contrato. Estas mismas compañías emplean fuerzas de seguridad privada, comparables en ocasiones, a unidades de élite del ejército; negocian en pie de igualdad o incluso en posición dominante frente a los Estados; son dueñas de grandes extensiones de tierras y con ellas, de sus recursos naturales; poseen una población de empleados; y manejan presupuestos, todo lo cual realizan en magnitudes relevantes. Como vemos, parecen tener los atributos que el DI requiere a los Estados para considerarlos sujetos del DI. No obstante, el DI clásico no los reconoció como tales.

Los Estados han preferido constantemente mantener una relación de control formal -jurídico- sobre estas compañías. Sin embargo, en la práctica, el control doméstico de una persona jurídica de actividad global deviene muy difícil. La mayoría de los Estados posee graves problemas al momento de intentar un control efectivo sobre las mismas.²⁹⁵

La idea del recurso de una compañía a la protección diplomática de "su" gobierno, hipótesis que reclamaba el DI clásico, es hoy menos frecuente. Era además una solución multívoca en tanto ofrecía varios Estados como eventuales protectores. En este campo, la decisión de la CIJ relativa a la nacionalidad -y consecuente derecho a la protección diplomática- de las personas jurídicas, afirmada en el caso **Barcelona Traction**, continúa guiando la discusión.²⁹⁶ La protección

102. Ver Kennedy Paul, *Preparing for the XXI Century*, 1993, Capítulo 3 donde hace notar que las compañías transnacionales poseen mayor alcance que responsabilidad global, a la par que poseen intereses mas internacionales que domésticos, y que la lógica real de un mundo sin fronteras reside en que nadie posee el control absoluto - con excepción tal vez de los directivos de estas empresas- cuya responsabilidad existe solo en relación con los tenedores de acciones, quienes -alguien podría argüir- se han vuelto los nuevos soberanos al invertir en cualquier compañía que les brinde el mayor beneficio, en para. 47,49 y 55.

²⁹⁴ Shaw cita a Jenks, C. W., en *Transnational Law in a Changing Society* (eds. W. Friedman, L. Henkill y O. Lissitzyn), New York, 1972, p. 70; Baade H., en *Legal Problems of a Code of Conduct for Multinational Enterprises* (ed. N. Horn), Boston, 1980; Charney J., "Transnational Corporations and Developing Public International Law", *Duke Law Journal*, 1983, p. 748; Rigaux F., "Transnational Corporations", en Bedjaoui, *International Law: Achievements and Prospects*, p. 121, y Henkin et al., *International Law Cases and Materials*, p. 368. Ver también Muchlinski, *Multinational Enterprises*.

²⁹⁵ Cualquiera de las empresas incluidas en el ranking de Fortune 500 superaban los presupuestos de 134 gobiernos del mundo en Junio de 2000 (Gray Philip C. R., , *The Implementation of Integrated Sustainable Development in German Companies*, TA-Datenbank-Nachrichten, Nr. 2, 9. Jahrgang - Juni 2000.

²⁹⁶ CIJ, caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*, ICJ Reports 1970, segunda fase, 3. Antes del fallo, existían puntos de conexión reales y personales. Entre los primeros, mencionamos el Estado del lugar de constitución, o de inscripción, o el Estado donde existe la administración, o la producción. Entre los personales, mencionamos la nacionalidad de la mayoría de los accionistas, o de la mayoría del capital.

diplomática queda hoy desdibujada frente a corporaciones transnacionales que son propiedad de fondos de inversión o de otras compañías cuyas acciones a su vez, se encuentran en poder de miles de accionistas situados en los más diversos lugares.

La actividad diaria de las compañías transnacionales genera eventuales conflictos. En los contratos internacionales, la protección diplomática como institución del DI Público es reemplazada por la elección por las partes del derecho y jurisdicción aplicable, propia del DI Privado, circunstancia ésta que puede conducir al *forum shopping*. En este contexto, la cláusula arbitral se presenta como la forma más utilizada al momento de prever la resolución de litigios entre corporaciones transnacionales y Estados, a la vez que coloca a ambos entes en pie de igualdad jurídica.

En **Enron y ot. v. República Argentina**, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones -CIADI-, tras considerar²⁹⁷ que uno de los aspectos esenciales de los Acuerdos entre las empresas extranjeras y la República Argentina, es la protección que su articulado ofrece a los inversionistas extranjeros, asegurándoles el *jus standi* en una jurisdicción internacional como la mencionada, afirmó:

*"El Tribunal está convencido de que también en este caso las Demandantes tienen jus standi para presentar demandas independientemente, puesto que son inversionistas protegidos con arreglo a lo estipulado en el Tratado. El derecho de las Demandantes a entablar acciones independientemente está firmemente establecido en el Tratado y no hay razones para sostener lo contrario en relación con la presente controversia. Esta situación tampoco es contraria al derecho internacional ni a la práctica y decisiones del CIADI."*²⁹⁸

La previsión de los conflictos entre Estados y compañías transnacionales ha desarrollado herramientas propias, útiles en función de la necesidad de atracción de capitales que tienen los primeros. En este sentido, existe un cuerpo interesante de normas que bajo el carácter de *soft law* se acuerdan y respetan constituyéndose en verdaderas "reglas del juego". La Cámara Internacional de Comercio -CIC-²⁹⁹; la Organización Internacional del Trabajo -OIT-; y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE- han formulado códigos de conducta a título de

²⁹⁷) Azurix Corp. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/12), Decisión sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, párrs. 62-63.

²⁹⁸) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Washington, D.C. . Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina. Caso CIADI no. Arb/01/3, Decisión sobre jurisdicción (demanda adicional), Washington, D.C., 2 de agosto de 2004, p. 10.

²⁹⁹) Son internacionalmente aceptadas las normas llamadas INCOTERMS (acrónimo del inglés international commercial terms), formuladas por la Cámara de Comercio Internacional desde 1936 en adelante. Actualmente están en vigor los INCOTERMS 2010 (Desde el 1 de enero de 2011).

recomendación.³⁰⁰ Particular importancia revisten las negociaciones llevadas adelante en el marco de Naciones Unidas en relación con el Proyecto de Código de Conducta para las Compañías Transnacionales.³⁰¹

VI.3. Los bloques regionales

Los instrumentos constitutivos de las organizaciones regionales, al igual que las convenciones sobre las inmunidades reconocidas a sus funcionarios, concuerdan en reconocerles personalidad jurídica internacional, dotándolos de diversas capacidades de derecho.³⁰²

En primer lugar, como ejemplos de instrumentos constitutivos que definen la personalidad jurídica del ente que crean, encontramos la Organización del Tratado del Atlántico Norte -OTAN-; la Unión Europea -UE-; el Mercado Común del Sur -Mercosur-; la Organización Mundial de Comercio -OMC-; y la reciente Unión de Naciones Suramericanas -UNASUR-, entre otros.

El Tratado constitutivo de la OTAN afirma la personalidad jurídica internacional del ente creado.³⁰³

El art. 4 le reconoce personalidad jurídica, así como capacidad para celebrar contratos, adquirir y disponer de propiedad mueble e inmueble y comenzar procedimientos legales; en tanto el art. 25 faculta al Consejo para que actuando en nombre de la organización celebre acuerdos adicionales con los Estados miembros o terceros Estados.

La UE³⁰⁴ contempla una variedad de instituciones comunes y en su desarrollo ha llegado a poseer dos competencias fundamentales: (i) la de adoptar normas jurídicas vinculantes en relación con los

³⁰⁰) Ver Petersmann, Ernst-Ulrich, *Codes of Conduct*, EPIL I, 1992, ps. 627-632.

³⁰¹) UN Code of Conduct on Transnational Corporations (1984). Pueden consultarse también las Normas sobre la Responsabilidad de las Compañías Transnacionales y otras empresas de negocios en relación con los derechos humanos (The Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights), Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre los métodos de trabajo y actividades de las compañías transnacionales, Documento E/CN.4/Sub.2/2002/13 (Annex, 2002). Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo – UN Conference on Trade and Development (UNCTAD), United Nations Centre on Transnational Corporations en su página puede verse la tarea desarrollada por el Centro desde su creación en 1973 <http://unctc.unctad.org>. Puede consultarse también Evan William, "International Codes of Conduct for Multinational Corporations", en *Education, Leadership and Business ethics, Issues in Business Ethics*, US, 1998, Volume 11, Part V, pp. 249-272. En 1994 la ONU renombra la Comisión denominándola Comisión sobre las Inversión Internacional y las compañías transnacionales. En 2003 la Subcomisión de Derechos Humanos ONU adoptó un documento conocido como "Normas sobre la Responsabilidad de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la esfera de los Derechos Humanos". En 21/03/2011 el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie, presenta a la AG ONU su informe titulado "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". Documento A/HRC/17/31 Consejo de Derechos Humanos, 17º periodo de sesiones, Tema 3 de la agenda. Ver <http://www.global-business-initiative.org/wp-content/uploads/2012/07/GPs-Spanish.pdf>. En junio de 2011 fueron aprobadas por el Consejo.

³⁰²) Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 268.

³⁰³) Tratado constitutivo de la OTAN, Acuerdo de Ottawa, afirma la personalidad jurídica internacional en sus arts. 4 y 25, Ottawa, 20/09/1951.

³⁰⁴) Establecida como tal por el art. A, Título I del Tratado de la Unión Europea (Maastricht) firmado en Febrero de 1992 y en vigor desde el 1/01/1993.

Estados miembros; y (ii) que sus actos posean efecto directo en relación con el derecho interno de cada Estado parte. Sólo el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero -CECA- provee de manera expresa de personalidad jurídica internacional a la comunidad.³⁰⁵ No obstante, la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia ha afirmado continuamente la subjetividad de las dos restantes (Euratom y Comunidad Económica Europea)³⁰⁶, como también una consecuencia fundamental para la consolidación de la personalidad jurídica comunitaria: la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno de los Estados.³⁰⁷

En la órbita del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto³⁰⁸ que trata sobre la estructura institucional del bloque, reconoce personalidad jurídica al ente comunitario creado por el Tratado de Asunción. Afirma: "El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional".

El Acuerdo de Marrakech por el cual se crea la OMC³⁰⁹ afirma en su art. 8.1.: "La OMC tendrá personalidad jurídica, y cada uno de sus Miembros le conferirá la capacidad jurídica necesaria para el ejercicio de sus funciones."

En segundo lugar, los mismos instrumentos constitutivos de los bloques regionales reconocen ciertas capacidades procesales a sus habitantes en el territorio ampliado. Bajo el articulado del NAFTA, un inversor puede demandar por violación de ciertas provisiones que presuntamente realice cualquiera de los Estados parte. El reclamo es oído por un tribunal internacional compuesto por tres miembros.³¹⁰ Otras organizaciones intergubernamentales acuerdan el derecho de petición directa del individuo frente a un órgano internacional. En este tema remitimos al tratamiento que efectuamos mas adelante.

VII. La persona humana

VII.1. Desarrollo de su subjetividad internacional

El DI clásico brindó a la persona humana, igual estatus que el hoy reconocido para los animales por

³⁰⁵) Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, art. 6.

³⁰⁶) Ver Costa [1964] ECR 585, 593; Commission v. Council [1971] ECR 263, 274; Kramer [1976] ECR 1279, 1308 y Protection of nuclear Materials [1978] ECR 2151, 2179; The Oxford Encyclopaedia of European Community Law (ed. A. Toth), Oxford, 1991, p. 351. Ver igualmente Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie des Belastingen [1963], ECR 1.

³⁰⁷) La primacía del derecho comunitario sobre el interno fue afirmada por la Corte de Justicia en el caso Flaminio Costa v. E.N.E.L., sentencia de 15/07/1964. Aquí el Tribunal de Justicia consideró que la primacía del Derecho comunitario limita el margen de maniobra a los Estados Miembros impidiendo que prevalezca un derecho opuesto al de las instituciones europeas.

³⁰⁸) Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur -Protocolo de Ouro Preto-, art. 34.

³⁰⁹) Acuerdo de la Ronda Uruguay, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Marrakech, 15/04/1994. art. VIII, 1. Condición jurídica de la OMC.

³¹⁰) El procedimiento se encuentra disponible en www.naftaclaims.com.

el derecho doméstico³¹¹: el de un mero objeto de protección. Ya cuando Jeremy Bentham acuñó el término Derecho Internacional en su tratado de 1789, afirmaba que sólo el Estado podía ser gobernado por el DI porque:

*"las transacciones que pueden tener lugar entre individuos que son sujetos de diferentes Estados ... son reguladas por los derechos domésticos, y resueltas por los tribunales internos de uno u otro de estos Estados... . Luego quedan las transacciones mutuas entre soberanos como tales, para los sujetos de esa rama de la jurisprudencia que puede ser propia y exclusivamente llamada internacional."*³¹²

Bajo la perspectiva de Bentham, los individuos carecían de la necesaria personalidad legal para incurrir en responsabilidad bajo el DI.

Las doctrinas dualistas aislaron más al individuo. Al separar el DI de los derechos domésticos estatales, producían como consecuencia que sólo en caso de que el DI fuera convertido en derecho interno, pudiera "ser invocado por el individuo o, en sentido más amplio, por los particulares, personas físicas o jurídicas".³¹³ Conforme este esquema, los individuos violaban el derecho doméstico, en tanto sólo los Estados podían violar el DI.

En las primeras décadas del siglo XX unos pocos autores, entre los que puede incluirse a Baumgarten, Scelle y Stowell³¹⁴, sostenían que los Estados actuaban como simples representantes -agentes- de sus nacionales, y que, en consecuencia, eran éstos los verdaderos sujetos del DI.

Kelsen opinaba que los individuos son sujetos de DI "mais non de façon immédiate, ou bien seulement à titre exceptionnel".³¹⁵ Esta excepcionalidad se explicaba también afirmando que la persona poseía cierta capacidad internacional, pero que sólo era posible que la ejerciera con la ayuda de la intervención del Estado del cual el individuo era nacional.³¹⁶ Otros autores sólo consideraron al individuo como un sujeto secundario.³¹⁷

En otra línea, Sorensen afirmaba que el hecho que el beneficiario de un derecho fuera incapaz de hecho, no significaba que no pudiera ser un sujeto de derecho; o que los derechos en cuestión estuvieran conferidos exclusivamente a la agencia estatal que tiene la capacidad de hacerlos

³¹¹) Impactante, demostrativa y real analogía que tomamos de Malanczuk, Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 91.

³¹²) Bentham, Jeremy, An introduction to the principles of morals and legislation, Dover, N.H., Longwood Press, 1970, p. 296.

³¹³) Pastor Ridruejo, José A., Curso de Derecho Internacional Público, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 187.

³¹⁴) En este sentido, siguen el pensamiento expresado desde la órbita interna de León Duguit, conforme el cual el derecho se aplica a seres conscientes antes que a entidades abstractas como los Estados.

³¹⁵) Kelsen, Hans, Théorie générale du droit international public, 42 HR, 1932, p. 170.

³¹⁶) Siotto-Pintor, M., Les sujets du droit international autre que les États, 41 HR, 1932, p. 356.

³¹⁷) Fitzmaurice, G., The general principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law, 92 HR, 1957, p. 11.

efectivos.³¹⁸

Los sistemas socialistas, aún hasta la década de 1980, negaban en forma absoluta la subjetividad internacional del individuo. Los textos chinos de DI publicados hasta esa década, se pronuncian en contra de esta posibilidad.³¹⁹ La lógica subyacente era que el poder soberano del Estado socialista se veía disminuido en caso que su accionar pudiera ser sometido a examen por un individuo:

"[El reconocimiento] de responsabilidad individual por conductas personales bajo el DI podría ... colisionar con los principios Marxistas relativos a la lucha de clases en las relaciones internacionales... . Para la República Popular China, el único instrumento legítimo para asegurar los derechos de los individuos es el Estado nacional."³²⁰

En su momento, la percepción soviética presentaba una alternativa. El estatus del individuo podía ser reconocido por el DI, pero sólo en la medida en que fuera expresamente reconocido por el derecho doméstico. La perspectiva soviética afirmaba que aún las organizaciones internacionales destinadas a promover los derechos fundamentales de la persona debían someterse a la primacía estatal.³²¹ A modo de excepción, la doctrina soviética admitía que los individuos pudieran ser responsables de la comisión de crímenes contrarios al DI, por ejemplo, los crímenes de guerra.

El modelo histórico referido comienza a ser desafiado cuando la doctrina de la segunda mitad del siglo XX afirma bajo determinadas circunstancias, la existencia de una subjetividad individual. La teoría de los derechos humanos juega aquí un papel determinante. La lógica del DIDH es clara: los derechos innatos reconocidos al individuo deben poder ser defendidos frente al Estado, el cual ha desempeñado históricamente el rol de victimario. Los últimos años del siglo XX confirmaron, además, la posibilidad de considerar al individuo como titular de obligaciones internacionales, por ejemplo, la obligación de abstenerse de perpetrar conductas consideradas crímenes internacionales, situación que lleva a reformular la institución de la inmunidad de agentes y funcionarios estatales.

VII.2. Relaciones entre el Estado y el individuo

Dentro del DI general, la subjetividad individual se ha expresado a través de diferentes institutos como la nacionalidad y la apatridia; la responsabilidad estatal por actos de personas que habitan su

³¹⁸) Sorensen, Max, Manual de Derecho Internacional Público, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 275. Ver también Lauterpacht Hersch, International Law and human rights, Londres, 1950, Capítulo 2.

³¹⁹) Ver Chiu, Hungdah, "Book reviews and notes", en American Journal of International Law, 82, 1988, pp. 892, 894-895.

³²⁰) Salem, David, The People's Republic of China: International Law and Arms control, Baltimore, University of Maryland, 1983, p. 13.

³²¹) Ver Mullerson, Rein A., Human rights and the individual as subjects of international law: a Soviet view, 1 EJIL, 1990, pp. 33 y ss. El autor comenta la evolución de la perspectiva soviética y su eventual evolución.

territorio; los derechos conferidos a individuos por tratados; y los institutos de la extradición y del asilo político. La nacionalidad ha constituido el vínculo histórico entre los Estados y el individuo, tanto a los efectos del ejercicio de la jurisdicción estatal como de la protección internacional del individuo.

Una primera consecuencia de la nacionalidad se presenta a través del instituto de la protección diplomática.³²² Ciertas reglas mínimas que requieren lazos efectivos entre el individuo y el Estado que le confiere su nacionalidad, fueron siendo impulsadas tanto por la Comisión de Derecho Internacional (CDI); como por la jurisprudencia internacional; e igualmente la CIJ a través de las decisiones en los casos **Nottebohm** y **Barcelona Traction**, entre otros.³²³ Puede hoy afirmarse que así como se reconoce el derecho a poseer una nacionalidad, existe también el derecho a perder la misma adoptando otra, lo que incluye claro, la libertad de abandonar el país del cual se es nacional.³²⁴

El instituto de la nacionalidad posee una contracara, la apatridia, que desde 1920 en adelante ha constituido un problema que se intenta solucionar mediante agencias y tratados internacionales.³²⁵ Los refugiados pueden presentar la situación de apátridas de hecho o de derecho, por lo cual se han dispuesto normas internacionales que atienden la cuestión.³²⁶

La nacionalidad y la protección diplomática son institutos importantes a la luz de la eventual responsabilidad estatal. En el sistema del DI clásico, el daño provocado a un nacional es considerado un perjuicio sufrido por el Estado de su nacionalidad, situación que se acomoda a la retórica tradicional que afirmaba que la persona no era sujeto de DI, sino un simple objeto pasible

³²²) Así el reclamo de un individuo contra un Estado del cual no es nacional, se subsume en el reclamo del Estado de su nacionalidad contra el Estado demandado. Ver por ejemplo, El caso Panevezys-Saldutiskis, fallado por la CPIJ, Series AIB, No. 76; 9 AD, p. 308. Ver también Mavrommatis Palestine Concessions case (Jurisdiction), PCIJ, Series A, No. 2 (1924); 2 AD, p. 27.

³²³) CDI, Yearbook 1953, pp. 180-1; 184; 186; 218; 237; 239. CIJ caso Nottebohm sentencia, Reports 1955, para. 4 pp. 22-23; caso Barcelona Traction Light and Power Company, Reports 1970.

³²⁴) Confirmado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, art. 12. También Convención Europea de derechos humanos, Cuarto Protocolo, 1963, art. 2. Convención Americana de Derechos Humanos, art. 22, inc. 2 "Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio".

³²⁵) La CDI se ha ocupado largamente del tema. En 1960 entra en vigor la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, firmada en 1954. UNTS, 360, p. 117. La Convención para reducir los casos de Apatridia, adoptada en Nueva York 1961, en vigor desde 1975. A estos dos documentos sería conveniente sumar la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada de 1957. En 1974 la AG ONU solicita al Alto Comisionado de las NNUU para los Refugiados (ACNUR) que brindara asistencia legal limitada sobre el particular y en 1996 le ordenó ampliar su misión a través de la promoción de la reducción de los casos de apatridia a nivel mundial.

³²⁶) Convención sobre el Estatuto internacional de los Refugiados, 1933 por la cual las partes contratantes asumen obligaciones respecto de los refugiados rusos y armenios. En 1946 la ONU constituye la Organización Internacional de los Refugiados que en 1952 se convierte en el Alto Comisionado de NNUU para los refugiados -ACNUR-. En 1951 en Ginebra se adopta la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y apátridas, que provee un trato nacional respecto de ciertos derechos básicos.

de ser defendido por el Estado.³²⁷

En relación con los crímenes internacionales, coincidimos con Buergenthal – Maier³²⁸ en afirmar que existe una responsabilidad directa del individuo por su participación en ciertos delitos internacionales. Lo mismo ocurre con las violaciones de derechos y libertades fundamentales. El desarrollo progresivo del DIDH indica que las personas físicas poseen derechos y obligaciones bajo el DI que no son derivadas, sino propias. Desde la órbita del DIPenal, la eventual condena que pudiera caberles a funcionarios y agentes estatales por la comisión de crímenes contrarios al *jus gentium*, no constituye un presupuesto ni condiciona la ulterior responsabilidad estatal.³²⁹

En segundo lugar, el Estado debe responder por las actividades desarrolladas por las personas dentro de su territorio, y que perjudiquen a otros Estados o a sus nacionales, aun cuando quienes ejecuten tales acciones sean extranjeros, doctrina expuesta en el caso Canal de Corfú.³³⁰ Eagleton afirma: "un Estado debe en todo tiempo la obligación de proteger a otros Estados frente a actos dañosos ejecutados por individuos dentro de su jurisdicción".³³¹

En realidad, más allá del consenso existente respecto de la responsabilidad estatal por daños producidos a otros Estados, ejecutados por personas que se encuentran bajo su jurisdicción, el problema surge al momento de determinar *pro subjecta materia*, cuáles actos pueden calificarse como dañosos.

El caso de las Papeleras sobre el río Uruguay ventilado ante la CIJ, tuvo por objeto demostrar la responsabilidad de Uruguay por incumplimiento de las obligaciones emanadas del Tratado del Río Uruguay, e igualmente, el perjuicio ambiental causado a Argentina por terceros -la Pastera- situados en territorio Uruguayo.³³² Por su parte, también Uruguay se constituyó en actor, demandando a

³²⁷) Buergenthal, Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 7a. Reedición, United States, 1998, p. 116. Aquí se cita al tradicional caso Barcelona Traction, Light and Power Company, Bélgica v. España, CIJ, 1970.

³²⁸) Buergenthal, Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 7a. Reedición, United States, 1998, p. 3.

³²⁹) Estatuto de Roma, Corte Penal Internacional, art. 25, inc. f.4. "Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional".

³³⁰) CIJ, Corfú Channel, fondo, ICJ Reports 1949, pp. 18-23.

³³¹) Eagleton, Clyde, Responsibility of states in International Law, New York University Press, 1928, p. 80.

³³²) El 20/04/2010 la CIJ dictó la sentencia definitiva, resolviendo que Uruguay había violado sus obligaciones procesales de notificar e informar de buena fe, establecidos por el Estatuto del Río Uruguay, pero que no violó sus obligaciones de evitar la contaminación ambiental, considerando desproporcionado ordenar el cierre de la planta de Botnia. En este sentido, la CIJ señaló que "el Estatuto de 1975 impone a las partes el deber de co-operar con la otra, en los términos allí establecidos, para asegurar que se alcance su objetivo y propósito. Esta obligación de co-operar incluye el monitoreo continuo de una planta industrial como la de Orion (Botnia). En ese sentido la Corte nota que las partes tienen una prolongada y efectiva tradición de co-operación y coordinación a través de la CARU. Actuando a través de la CARU, las partes han establecido una verdadera comunidad de intereses y derechos en el gerenciamiento del Río

Argentina ante el sistema de solución de controversias del MERCOSUR, y luego ante la CIJ, argumentando en el primer caso que los cortes de ruta efectuados por habitantes de Gualeguaychú (Argentina) en el paso hacia Uruguay, constituían una violación al principio de libre circulación de bienes y personas; y en el segundo caso, que tales cortes eran tolerados y utilizados por el gobierno argentino para presionar al gobierno uruguayo en las negociaciones referidas a la instalación de las plantas de celulosa.

Una tercera relación "estado-individuo" que pone de manifiesto la subjetividad internacional de la persona, la constituye los derechos conferidos a individuos por tratados. En el caso **Danzig Railway Officials**³³³, la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó: "No puede discutirse que el verdadero objeto de un acuerdo internacional, según la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las Partes de ciertas reglas definidas que creen derechos y obligaciones individuales exigibles ante los tribunales nacionales."³³⁴

Así, la CPJI decidió que los funcionarios de trenes de Danzig poseían el derecho de accionar contra el Estado polaco -en la persona de su administración de trenes-, para hacer efectivos los derechos de los cuales eran beneficiarios en razón del tratado.

Bajo las provisiones relativas a la protección de las minorías existentes en los Tratados de Paz de Versalles de 1919³³⁵, se autorizaba a los individuos el recurrir ante un tribunal internacional bajo determinadas circunstancias.

En cuarto y último lugar, dentro de la cuestión relativa a la responsabilidad individual derivada de la comisión de crímenes internacionales, debe mencionarse la extradición, instituto que forma parte de la cooperación internacional penal entre Estados. Al respecto, y sin abundar por el carácter de la obra, diremos que al menos en relación con los crímenes internacionales, existe la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*). Esta afirmación implica a contrario, que, respecto de los delitos domésticos, aun cuando las formas de comisión se repitan en los diversos derechos, no existe obligación internacional consuetudinaria que obligue a los Estados a extraditar al presunto

Uruguay y en la protección del medio ambiente. También han coordinado sus acciones a través del mecanismo conjunto de la CARU, de conformidad con las reglas del Estatuto de 1975, y encontrado soluciones apropiadas para sus diferencias dentro de ese marco sin sentir la necesidad de recurrir a la instancia judicial contemplada por el art. 60 del Estatuto hasta que el presente caso fue traído ante esta Corte (parr. 281). CIJ(20-04-2010). Fallo definitivo en el caso relativo a las plantas de pasta de celulosa sobre el Río Uruguay entre Argentina y Uruguay, (en inglés). El conflicto finaliza tras la firma, el 30/08/2010 en Montevideo, de un acuerdo para conformar un Comité Científico en el seno de la Comisión Administradora del Río Uruguay.

³³³) CPJI, Serie B, No. 15, 1928.

³³⁴) Original inglés. La traducción es nuestra. Ver también Brownlie Ian, Basic documents on Human Rights, 2nd edition, 1981, p. 242.

³³⁵) art. 304 (b), Tratado de Versalles, 1919, por el cual los nacionales de las potencias aliadas y asociadas podían presentar demandas contra Alemania ante el Tribunal Arbitral Mixto.

responsable.

Los conceptos de extradición y asilo se encuentran relacionados entre sí en la medida en que la negativa de extraditar a una persona puede llegar a implicar el otorgamiento de asilo y, por otra parte, el otorgamiento de la extradición significa el rechazo a la concesión del asilo. La cooperación internacional en materia penal deja librada la extradición al DI de fuente convencional, el cual, como principio, excluye los delitos denominados "políticos". A estos delitos políticos, la práctica internacional les brinda desde fines del siglo XIX, la institución del asilo.

En términos generales, el asilo consiste en la protección que encuentra una persona, objeto de persecución por parte de las autoridades de otro Estado, cuando tales persecuciones se enfrentan a la prohibición de la persecución dentro de ciertos espacios competentes de la autoridad de otro Estado, que no está obligado a entregar a la persona a las autoridades del Estado requirente.³³⁶

Afirma Oppenheim – Lauterpacht que en tanto los Estados ejercen su supremacía territorial sobre toda persona que habite su territorio, el Estado extranjero va a constituir un asilo para toda persona que, siendo perseguida en el país de origen, cruce su frontera y se interne en su territorio. Si el derecho de asilo se ha entendido tradicionalmente como una facultad jurídica soberana del Estado para conceder refugio a individuos perseguidos, últimamente puede hablarse de un derecho de asilo para cada individuo. Esta última forma viene siendo consagrada en un número significativo de países que lo afirman en su derecho interno, aun cuando no pueda hablarse de un principio general de derecho en el sentido de las fuentes del DI.

Argentina adoptó el derecho de asilo para los perseguidos políticos al ratificar el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo³³⁷. Su art. 16 afirma la inviolabilidad del asilo para los perseguidos por delitos políticos, aunque establece como deber para la nación otorgante del asilo, el impedir que los asilados realicen actos dentro de su territorio que pongan en peligro la seguridad del Estado que los reclama.

El art. 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 establece:

"toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales."

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en su art. 22(7)

³³⁶) Ver Dictionaire de la Terminologie du Droit International, Paris, Sirey, 1960, p. 63, préface de J. Basdevant. Ver igualmente Lopez Garrido D., El derecho de Asilo, Ed. Trotta, España, 1991.

³³⁷) Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, suscripto por Argentina, Perú, Uruguay, Paraguay y Bolivia.

establece:

"toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales."

Similares disposiciones estipulan otros instrumentos internacionales nacidos al amparo del DIDH.³³⁸

Respecto del asilo, reina aún hoy la casi absoluta arbitrariedad estatal, tal como lo demuestra el caso Apablaza Guerra.³³⁹ La Declaración ONU sobre Asilo Territorial de 1967 aporta ciertos principios que los Estados deberían observar al conceder el asilo en su territorio. Las perspectivas de lograr la aprobación de una convención internacional sobre el tema no son auspiciosas en base al marcado carácter político de la cuestión.³⁴⁰

VIII. Conclusiones

El DI clásico enseña que la personalidad jurídica internacional puede adquirirse tanto por el reconocimiento o la aquiescencia de otros sujetos internacionales ya reconocidos, como también por una combinación de provisiones convencionales.

Desde una visión basada en los derechos humanos, debemos agregar que, en ciertas ocasiones, la subjetividad internacional será el resultado de una evolución histórica y social. Es el caso de la persona humana y sus derechos y libertades fundamentales que forman hoy parte del *jus cogens*. En este punto, el sistema westfaliano debió reconocer lo inevitable: capacidades funcionales necesarias para el ejercicio efectivo de las reivindicaciones históricas triunfantes.

El derecho a la igualdad es un simple pero claro ejemplo en cabeza de los individuos; el derecho a la libre determinación de los pueblos cristalizado en la Carta ONU y los Pactos Internacionales I y II, ejemplifica un reclamo histórico varias veces centenario, que había sido ya expuesto por de Vitoria, Grocio, Pufendorf y de Vattel.

³³⁸) Disposiciones similares se encuentran en el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 12 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, y en el art. 18 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

³³⁹) Ver el caso del asilo concedido por el gobierno argentino en 2010 al Sr. Galvarino Sergio Apablaza Guerra respecto de quien la Comisión Nacional de Refugiados -CoNaRe- Argentina decidió unánimemente que permaneciera en el país como asilado político, no obstante la decisión previa de la Corte Suprema de Justicia Argentina en sentido contrario. La CSJN había autorizado la extradición aunque también había señalado que la decisión final estaría en manos del Poder Ejecutivo en vista de los derechos del acusado. La CoNaRe es un órgano inter-ministerial del gobierno Argentino del que participan el Ministerio del Interior, el de Justicia, el de Desarrollo Social, la Cancillería, el Inadi y un representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), este último con voz pero sin voto. Página 12, edición web 01/10/2010, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-154154-2010-10-01.html>.

³⁴⁰) En América se firmó en 1928 la Convención de La Habana sobre Derecho de Asilo Político, reformada por la Convención de Montevideo de 1933. En 1954 dentro del marco de la OEA se adopta en Venezuela la Convención sobre Asilo Diplomático.

En tanto no existen al presente reglas que detallen de forma exhaustiva la extensión de los derechos y obligaciones de los sujetos internacionales, la cuestión de la subjetividad internacional no se centra tanto en la capacidad de derecho que un ente posee a fin de adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales, sino sobre la atribución real de derechos y deberes, la cual es determinada por una variedad de factores. Éstos van desde la capacidad procesal para efectuar reclamos hasta ciertas funciones taxativamente prescriptas que el alegado sujeto puede realizar. En este punto, el reconocimiento, la aquiescencia y el estoppel constituyen importantes principios que, en el contexto de la personalidad jurídica internacional, suman al momento de responder afirmativamente sobre la subjetividad internacional del ente en cuestión.

Dilucidar si cada uno de los entes analizados, constituyen sujetos de DI plenos o relativos, o simples actores con algún grado de subjetividad internacional de carácter funcional, deviene una cuestión casuística.

Los Estados son los sujetos originarios porque han creado el DI. Son además, sujetos "plenos" porque poseen la totalidad de las capacidades para adquirir derechos y contraer obligaciones internacionales y ejercerlos por sí mismos. La calidad de Estado que implicará el reconocimiento de la personalidad jurídica del ente nace como resultado de la satisfacción fáctica de ciertos criterios legales establecidos. Esto es así, ya que su personalidad deriva de la misma naturaleza y estructura del sistema internacional que origina el DI. El surgimiento del Estado moderno se confunde así con la creación del DI.

Dentro de los entes de naturaleza política que reúnen algunos de los requisitos que satisfacen los Estados -aunque no todos-, situamos a las asociaciones verticales como el protectorado y el vasallaje; las asociaciones interestatales horizontales como el Commonwealth; los Estados dependientes como las uniones federales; los condominios internacionales; los diferentes tipos de territorios internacionales; las regiones dentro del territorio de un Estado soberano que reciben derechos de autonomía; la administración exclusiva de un territorio por parte de una organización internacional; los territorios no autónomos y su derivación, los Estados asociados. De cada uno de estos tipos hemos brindado ejemplos al analizarlos, y si bien comprenden una gama de matices ciertamente extensa, comparten como denominador común la forma embrionaria estatal: reúnen ciertos requisitos como territorio y población en su gran mayoría; pero adolecen de otros, siendo el poder y la soberanía las ausencias más notorias.

Las organizaciones internacionales y supranacionales de carácter público -intergubernamentales-, como la ONU y las que establecen esquemas asociativos regionales, constituyen verdaderos sujetos de DI, en base a que su personalidad jurídica deriva en forma inherente del sistema internacional o regional.

Las restantes personas jurídicas de la globalización -las organizaciones internacionales de carácter privado e interés público como las ONG y las corporaciones transnacionales, se encuentran en una situación embrionaria en cuanto al reconocimiento de su subjetividad internacional incompleta.

La capacidad de las organizaciones internacionales privadas como las ONG es siempre relativa en la medida en que se encuentra limitada por el objeto para el que fueron creadas. Si bien en teoría no constituyen un sujeto de DI, en la práctica ciertas ONG que desempeñan funciones similares a otras organizaciones intergubernamentales son tratadas como sujetos de DI. No es de esperar que, en un futuro inmediato, las ONG sean incluidas en el selecto grupo de personas jurídicas que gozan de capacidades de hecho de carácter funcional.

La subjetividad internacional de las corporaciones transnacionales debe ser atendida jurídicamente, ya que, en caso contrario, las situaciones se resuelven de facto, en perjuicio del ente más débil -generalmente los Estados en desarrollo- afectando en suma a sus habitantes.

Dentro de las personas no soberanas, incluimos a las restantes organizaciones internacionales de carácter gubernamental, tales las agencias creadas tanto por Estados como por organizaciones internacionales. Respecto de las agencias, las capacidades funcionales de las que gozan, al haber sido delegadas por otro sujeto que las crea y respecto del cual son accesorias, no las habilitan para ser consideradas como sujetos de DI.

En este mismo grupo carente de soberanía incluimos los tipos especiales de personalidad ya analizados: (i) los pueblos no autónomos; (ii) las comunidades beligerantes; (iii) las movimientos de liberación nacional; y (iv) la Humanidad.

Todos estos constituyen sujetos no plenos del sistema internacional. Comparten como característica común que sus capacidades son funcionales, esto es, conferidas por el DI sólo de manera excepcional y con miras a la realización de conductas regladas dentro del marco de legalidad supraestatal signado por el respeto de valores comunes del DI. También poseen diferencias.

Los pueblos y comunidades originarios cuentan hoy con una protección legal internacional generada por los Estados. No obstante, aun siendo su origen de fuente convencional, la observancia actual de sus derechos escapa ya a la voluntad arbitraria de los Estados. Diferente es la cuestión

relativa a su subjetividad. Existe una insalvable dificultad –al menos al momento-, para distinguir a una minoría étnica de una comunidad originaria, a lo que debe agregarse la imprecisión del concepto jurídico de “pueblo”. En este punto, debemos concluir que, en el presente Estado del DI, los pueblos originarios no poseen subjetividad internacional.

Las comunidades beligerantes y los movimientos de liberación nacional, que poseen un control de parte del territorio, se constituyen en autoridad de facto respecto del buen gobierno de este, y en este sentido están obligados a respetar las normas fundamentales del DI general. Sus miembros individuales poseen obligaciones internacionales referidas al respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y la prohibición de la comisión de los delitos internacionales que forman parte del *jus cogens*.

No vemos obstáculo alguno en reconocer la personalidad jurídica de la Humanidad como un colectivo titular de ciertos derechos, como símbolo dirigido a la defensa de los *global commons*, mas que al ejercicio de una protección efectiva, lo cual constituye una asignatura pendiente.

Los entes *sui generis* se explican y aceptan por sí mismos. Existen razones históricas, políticas y religiosas que actúan como concausa de su reconocimiento. Incluimos aquí entes *sui generis* tales como la Soberana Orden de Malta; la Santa Sede; y los gobiernos en el exilio.

Por último, el estatus internacional del individuo es una cuestión trascendente para el futuro del DI. Si hasta ahora hemos manifestado que el DI clásico le negaba subjetividad de manera rotunda, el DI contemporáneo se la reconoce de manera relativa. Estamos transitando el cambio de paradigmas desde el DI de naturaleza interestatal hacia un DI de naturaleza intersubjetiva. En consecuencia, afirmamos que la legitimación procesal se constituye en la verdadera naturaleza del derecho, cuando su existencia deja de ser controvertida.

FOR AUTHOR USE ONLY

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO

“Hoy día se reconoce la necesidad de restituir a la persona humana la posición central que le corresponde, como sujeto del derecho tanto interno como internacional. La búsqueda de la plena salvaguardia y prevalencia de los derechos inherentes al ser humano, en todas y cualesquiera circunstancias, corresponde al nuevo ethos de nuestros tiempos, en una clara manifestación, en nuestra parte del mundo, de la conciencia jurídica universal, en este inicio del siglo XXI”.

Antonio Augusto Cançado Trindade

nace en Belo Horizonte, Brasil (1947) es abogado y profesor especialista en derecho internacional. Actualmente se desempeña como juez en la Corte Internacional de Justicia de La Haya, cargo que desempeña desde 2009. Anteriormente fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cançado Trindade se graduó en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais (1969). Desde 1978 es profesor Titular de Relaciones Internacionales y Derecho Internacional Público en la Universidad de Brasilia.

En toda su obra y fallos se ha preocupado por defender la justicia internacional y proteger a las víctimas del accionar estatal. A él se deben trascendentes fallos de la Corte Interamericana, que marcaron el camino del respeto de los derechos humanos durante la transición de las dictaduras a la democracia en América, interpretando las bases sobre las cuales descansan los derechos de la persona.

Cada uno de sus votos razonados, cada una de sus ya famosas disidencias abre distintos caminos para defender los derechos humanos, y haber sido su alumno en el curso de Estrasburgo del Instituto René Cassin, fue una de las experiencias académicas mas enriquecedoras que sirvió como disparador de proyectos posteriores.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Inmunidad de Jurisdicción del Estado

Favio FARINELLA

Sección Primera: Jurisdicción

I. Introducción a la jurisdicción y sus principios atributivos

Afirmaba el Profesor Goldschmidt cuarenta años atrás:

*"La tesis de la exención incondicional de los Estados extranjeros [de la jurisdicción local] sacrifica el interés del actor que se ve privado de la vía jurisdiccional, en holocausto al mantenimiento de la paz internacional. Este sacrificio se hace en aras del bien público y cobra la forma típica de la expropiación forzosa. Por consiguiente, procedería indemnizar al demandante, si éste lograra convencer al juez que su demanda habría prosperado".*³⁴¹

Estas palabras resumen los valores en juego en esta cuestión. Por un lado, el respeto de la soberanía estatal. Por otro, la necesidad de justicia de la víctima de un acto estatal que lesiona sus derechos. Esta oposición de intereses se vuelve constante en un mundo globalizado y se evidencia tanto respecto de la protección de los derechos humanos como de las inversiones internacionales. Ambas cuestiones revelan la naturaleza de la mayoría de los reclamos contra Estados incoados en jurisdicciones extranjeras.

La inmunidad de jurisdicción en su versión clásica se funda en antiguos principios del sistema internacional: (i) la soberanía; (ii) la igualdad jurídica de los Estados y (iii) la no intervención en los asuntos internos. A éstos se oponen otros principios que nacen en el DI moderno: (i) el respeto de

³⁴¹) Goldschmidt Werner, Derecho Internacional Privado, Bs. As. Ed. Depalma, segunda edición 1974, p. 416.

los derechos fundamentales de la persona humana; (ii) la lucha contra la impunidad y (iii) la protección de las inversiones extranjeras.

En tanto los principios clásicos llevan a excluir la posibilidad que un juez entre en el conocimiento de la conducta de un Estado extranjero, los principios contemporáneos posibilitan reemplazar al juez nacional que sería naturalmente competente, por una jurisdicción extranjera -sea la de un tercer Estado o una jurisdicción internacional-.

II. La jurisdicción estatal

II.1. Igualdad jurídica, soberanía y no intervención

La tríada “igualdad - soberanía y no intervención” funda la pretensión de cada Estado de no ser llevado a proceso ante tribunales extranjeros.

La igualdad jurídica como base de las relaciones interestatales supone la jurisdicción exclusiva de cada Estado sobre su propio territorio y por extensión, sobre las personas y bienes que allí se encuentran.

La soberanía es una cualidad del poder estatal y los Estados la ejercen en forma exclusiva y excluyente.

La no intervención en asuntos internos evita que cualquier agencia de un Estado se inmiscuya en el ejercicio interno de la soberanía que realizan otros Estados.

La jurisdicción estatal es la cuestión genérica dentro de la cual se presenta a modo de excepción, la problemática de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución. El análisis de estas últimas presupone el conocimiento de la primera. Comenzaremos revisando ciertos conceptos sobre la jurisdicción estatal.

En el plano internacional, la jurisdicción es una de las más amplias funciones del Estado soberano. En este último sentido, el Estado regula y organiza su administración de justicia, de lo cual dependerá su seguridad jurídica. En tren de afianzar los valores de justicia y seguridad jurídica, el Estado formula normas, las ejecuta y juzga sus violaciones.³⁴² Esta triple función que excluye como regla general a los demás Estados, se conoce como la jurisdicción exclusiva estatal y sus consecuencias, la inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

La misma cuestión considerada desde el prisma del individuo, nos lleva al derecho de acceso a la jurisdicción como un derecho humano fundamental para el goce de tutela efectiva de justicia. En

³⁴² Una enumeración detallada de las características del poder implícito en la jurisdicción estatal puede consultarse en el Anuario de la CDI de Naciones Unidas, 1980. Doc. A/CN.4/331 y ADD.1.

este punto, cada Estado atribuye unilateralmente la extensión del derecho, aunque el DIDH establece ciertos mínimos a respetar.

Es en esta intersección donde se encuentran la inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho individual de acceder a una jurisdicción efectiva, donde se generan los conflictos que trataremos en este capítulo.

III. Los principios atributivos de jurisdicción

Una primera discusión se centra en conocer cuáles principios facultan al juez doméstico a ejercer su jurisdicción respecto de las conductas atrapadas en su ley foral. Desde la óptica del DIPu, la cuestión cobra importancia cuando en el ejercicio efectivo del derecho a la jurisdicción aparece involucrado un extranjero u otra persona protegida por algún estatuto internacional. La práctica estatal fue consensuando ciertos principios para resolver esta problemática. Recopilando prácticas estatales y revisando la doctrina, el llamado Informe del Harvard sobre el DI (1935)³⁴³ identificó cinco principios atributivos de jurisdicción:

- (i) la territorialidad;
- (ii) la nacionalidad;
- (iii) el protectorio;
- (iv) la personalidad pasiva;
- (v) la universalidad.

En tanto los primeros tres principios encuentran fundamento en la costumbre internacional, el cuarto genera conflictos de jurisdicción y es mayormente rechazado, y el último es aceptado en situaciones especiales como la piratería.³⁴⁴ Buergenthal recuerda que aunque estos principios hayan sido formulados para responder a una necesidad del derecho penal, se extienden hoy al conocimiento de cuestiones de otra naturaleza.³⁴⁵

III.1. Principio de la territorialidad

El principio que afirma el poder del Estado para entender en los casos ocurridos dentro de su territorio y lugares sometidos a su jurisdicción ha recibido reconocimiento universal, y constituye una consecuencia de la soberanía territorial. Cada Estado posee un poder absoluto para legislar, sancionar y ejecutar reglas de conducta dentro de su territorio.³⁴⁶ Conforme lo afirmó Max Huber en

³⁴³) Harvard Research in International Law, 29 AJIL, Supp. 435, 1935.

³⁴⁴) Buergenthal Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 2nd. Edition, West Group, US, 1990, p. 162.

³⁴⁵) Idem ant., p. 163.

³⁴⁶) idem ant., p. 167.

el caso **Isla de Palmas**³⁴⁷, el principio de territorialidad sirve tanto para limitar la autoridad del Estado como para distribuir competencias entre los miembros de la comunidad internacional, evidenciando así el principio de igualdad soberana de los Estados.

La interpretación del principio de territorialidad se ha extendido a través del tiempo.

Primero, una aplicación subjetiva del principio brinda jurisdicción al Estado en cuyo territorio el delito ha comenzado, aun cuando se consume en el territorio de otro. Segundo, según una interpretación objetiva, un Estado posee jurisdicción para entender en el conocimiento de un delito toda vez que al menos un elemento constitutivo del mismo se consume en su territorio. El ejemplo clásico es el del disparo de arma ejecutado en un Estado y que causa un homicidio en el Estado vecino; también se aplica a casos de conspiración, violación de legislación anti-trust e inmigratoria por actividades realizadas fuera del Estado cuyas normas son violadas. Tercero, una derivación de la teoría objetiva afirma que un Estado es responsable frente a otro si permite que su territorio sea usado de forma tal que genere un daño en el territorio vecino, conforme se desprende del laudo en el caso **Trail Smelter**.³⁴⁸

El caso **Lotus**³⁴⁹ constituye aún hoy, la más famosa aplicación de este principio. Francia objetó ante la CPJI, el juzgamiento de un teniente de navío Francés realizado por Turquía por negligencia criminal causante de un abordaje entre su buque y uno Turco en alta mar, del cual resultó la muerte de varios ciudadanos Turcos. Francia alegó dos cuestiones principales: (i) el DI no permitía a un Estado iniciar procedimientos por actos cometidos por extranjeros fuera de su territorio; (ii) el DI reconocía la jurisdicción exclusiva del estado de bandera respecto de eventos ocurridos a bordo de un buque en alta mar. El presidente de la CPJI debió desempatar la votación decidiendo que Turquía no había actuado en conflicto con los principios de DI al ejercer jurisdicción respecto del abordaje. Turquía era libre de ejercer su jurisdicción a menos que una norma consuetudinaria de DI se lo impidiera, lo cual Francia no pudo demostrar. No obstante, la CPJI no se expidió sobre la compatibilidad de la ley penal doméstica turca con el DI. El derecho penal turco castigaba los actos ejecutados fuera del territorio estatal por extranjeros en contra de nacionales turcos. El fundamento de la mayoría en la sentencia estuvo constituido por el principio objetivo de territorialidad y no por el principio protectorio que afirmaba el derecho doméstico turco.

La CPJI asimiló el buque al territorio de Turquía. Así lo afirmó el Juez Moore en **Lotus**:

“Parece actualmente ser universalmente admitido que cuando un crimen se comete en la jurisdicción

³⁴⁷) The Island of Palmas case (Netherlands v. United States), R. Int.Arbitral Awards 829, 839, (1928).

³⁴⁸) The Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada), UN Rep. Int. Arbitral Awards 3 (1911), 1941.

³⁴⁹) CPJI, caso SS Lotus (Francia v. Turquía), 1927 series, ser. A, No. 10, sentencia de 07/09/1927.

*territorial de un Estado como resultado directo del acto de una persona presente corporeamente en un Estado distinto, el Derecho Internacional, bajo el principio de presencia constructiva del ofensor en el lugar en el cual su acto produjo efectos, no prohíbe la persecución de los delitos por parte del primer Estado, si tal persona entra en su jurisdicción”.*³⁵⁰

Y específicamente respecto del principio de territorialidad afirmaba:

*“La territorialidad del derecho criminal, por lo tanto, no es un principio absoluto del DI y en manera alguna coincide con la soberanía territorial”.*³⁵¹

El caso **Lotus** recibió numerosas críticas y el énfasis puesto en la discrecionalidad estatal al momento de fijar sus bases de jurisdicción fue criticado luego por la CIJ en los casos **Pesquerías**³⁵² y **Nottebohm**.³⁵³ Estos últimos refieren la competencia de los Estados al momento de delimitar su mar territorial y de conferir su nacionalidad a individuos, respectivamente.

III.2. Principio de la nacionalidad

Este principio postula que el Estado juzga todas aquellas conductas y omisiones imputadas a sus nacionales. La nacionalidad como vínculo de lealtad de un individuo hacia un Estado, es generalmente reconocida como base jurisdiccional para ciertos actos ocurridos fuera del territorio nacional, ya que para aquellos que ocurren dentro del territorio estatal, se utiliza el principio de territorialidad.

El vínculo entre la persona y el Estado es mutuo: el nacional debe lealtad a su país sin importar donde se encuentre físicamente y el Estado puede ser llamado a responder frente a terceros por conductas de sus nacionales. Ante estas situaciones, algunos Estados establecen límites para la aplicación del principio. Un límite se relaciona con el instituto de la doble nacionalidad que algunos individuos detentan. En esta situación sólo aquel Estado con el cual se vincule efectivamente será el que afronte las consecuencias. Un segundo límite se relaciona con el eventual conflicto con el principio de territorialidad, cuando dos Estados pretenden juzgar el mismo hecho. Por esto, el principio de la nacionalidad constituye un criterio aceptado en lugares no sometidos a jurisdicción territorial alguna, tal como la Antártida y otros “global commons” en donde por definición, no colisiona con la territorialidad.

III.3. Principio protectorio

También conocido como principio de seguridad, faculta a los Estados a ejercer su jurisdicción respecto de conductas ocurridas fuera de su territorio pero que amenazan su seguridad, en tanto la

³⁵⁰) Idem ant., p. 19.

³⁵¹) Idem ant., p. 20.

³⁵²) CIJ Reports, (1951), Cuestión de las Pesquerías, Fisheries Jurisdiction Case (Reino Unido v. Noruega) .

³⁵³) CIJ Reports, (1955), (Liechtenstein v. Guatemala) .

conducta sea reconocida como criminal por los demás Estados. La noción de “seguridad estatal” es ciertamente amplia y puede llegar a incluir conductas de contenido mayormente político, por lo que deviene amenazante para las libertades individuales. Mientras el principio objetivo de territorialidad permite al Estado proteger intereses predominantemente privados que sufren un daño presente, el principio protectorio reconoce el interés del Estado en proteger intereses estatales frente a la amenaza de daño.

El principio protectorio fue utilizado en los casos **Joyce** -analizado más adelante- y **Eichmann**. En este último caso, la Corte de Israel asimiló al Estado de Israel con el pueblo judío, sosteniendo que el principio permitía a la Corte Israelí ejercer jurisdicción respecto de crímenes contra el pueblo judío ocurridos en toda Europa.³⁵⁴

Kaczorowska opina que, frente al crecimiento del terrorismo y el tráfico de estupefacientes, los tribunales occidentales se han vuelto menos hostiles a la recepción del principio.³⁵⁵ Este cambio de política que se ha dado mayormente en países anglosajones, puede ilustrarse a través del caso *Liangsiriprasert v. United States Government*³⁵⁶ (1990), donde se discutía la extradición de un nacional Thaiandés desde Hong Kong hacia Estados Unidos bajo cargos de tráfico de estupefacientes. Liangsiriprasert había sido falsamente llevado a Hong Kong por un agente estadounidense que fingió ser traficante, aunque no había cometido delito alguno bajo el derecho de Hong Kong. La única conexión del inculpaado con este territorio era su presencia física. Las autoridades judiciales aceptaron la aplicación del principio protectorio argumentando que en tanto ciertos crímenes se han establecido a escala internacional, el common law debe adaptarse a los nuevos tiempos, considerando como justiciable en Inglaterra conductas preparatorias de delitos extra-territoriales que puedan resultar en delitos penales en el Reino Unido.

III.4. Principio de la personalidad pasiva

Conforme este principio un Estado reclama jurisdicción sobre aquellos actos ocurridos fuera de su territorio, siempre que la víctima posea su nacionalidad. Como el anterior principio, la personalidad pasiva es invocada toda vez que no se posee otra conexión con el acto que se pretende juzgar.

³⁵⁴) Kaczorowska Alina, *Public International Law, Textbook*, 3rd edition, Old Bailey Press, Holborn College, London, 2005, p. 124.

³⁵⁵) Kaczorowska Alina, *Public International Law, Textbook*, 3rd edition, Old Bailey Press, Holborn College, London, 2005, p. 125.

³⁵⁶) *Liangsiriprasert v. United States Government*, Authoritative version published at: [1991] 1 A.C. 225. Ver <http://uniset.ca/other/cs3/19911AC225.html>

De todos los principios analizados, la personalidad pasiva es el más controvertido. En el caso **Cutting**³⁵⁷ un tribunal mexicano ejerció jurisdicción respecto de la publicación de artículos difamatorios realizada por un ciudadano norteamericano en un periódico de Texas. La difamación afectaba a un ciudadano mexicano. La Corte de México aplicó el principio de la nacionalidad pasiva, lo cual provocó protestas por parte de los Estados Unidos.

El principio fue invocado y rechazado por la mayoría de la CPJI en el caso **Lotus**.

En las dos últimas décadas, afirma Buergethal que la personalidad pasiva ha comenzado a ser invocada en conexión con situaciones que involucran actos de terrorismo o daños causados a nacionales por motivos políticos.³⁵⁸

En primer lugar, la CIJ refirió la aplicación del principio en el caso **Orden de Arresto** del 11/04/2000 ya mencionado.³⁵⁹

En segundo lugar, la Corte Suprema Española en los casos **Genocidio Guatemalteco** (2003)³⁶⁰ y **Genocidio Peruano** (2003)³⁶¹ se sumó al reconocimiento. La Corte decidió la no aplicación del principio de jurisdicción universal para la persecución en España de antiguos agentes guatemaltecos y agentes peruanos por actos de tortura cometidos respectivamente en Guatemala y Perú. No obstante, eligió aplicar el principio de personalidad pasiva. Mencionando decisiones de cortes alemanas y belgas, la Suprema Corte Española limitó la jurisdicción de los tribunales españoles a los más serios crímenes internacionales, como el genocidio y la tortura, y en aquellos casos donde existiera una conexión cercana entre la víctima del crimen y la nacionalidad española. Entre estas conexiones se mencionó: (i) que las víctimas sean de nacionalidad o posean ciudadanía española; (ii) que las víctimas o sus descendientes posean doble nacionalidad (aquella del Estado donde el crimen fue cometido y la nacionalidad española); y (iii) que las víctimas o sus descendientes posean vínculos familiares de origen Español.³⁶²

III.5. Principio de la jurisdicción universal

³⁵⁷) Caso Cutting, United States v. Mexico (1886); Moore, Digest of International Law, Vol. 2, 228. Ver United States Department of State, John Bassett Moore, Publisher: Gov't print. Off., 1887. Sitio web <http://archive.org/details/reportonextrate00moorgoog> .

³⁵⁸) Buergethal Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 2nd. Edition, West Group, US, 1990, p. 174.

³⁵⁹) ICJ Reports 3, 2000, Case concerning the Arrest of Warrant of 11 April 2000: Democratic Republic of Congo v. Belgium, 2000.

³⁶⁰) Corte Suprema de España, Guatemala Genocide Case, Penal Chamber,, 25/02/2003, 42, ILM, 686. Ver <http://www.derechos.org/nizkor/guatemala/doc/stsgtm.html>

³⁶¹) Corte Suprema de España, Peruvian Genocide Case, Penal Chamber, 20/05/2003, 42, ILM 1200. Ver <http://www.universaljurisdiction.info/index/128118>.

³⁶²) Kaczorowska Alina, Public International Law, Textbook, 3rd edition, Old Bailey Press, Holborn College, London, 2005. p. 126.

Ciertos países han adoptado normas internas admitiendo la jurisdicción de los jueces domésticos sobre no-nacionales frente a ciertos delitos de especial naturaleza y en ausencia de todo otro vínculo atributivo de jurisdicción. El fundamento básico es la lucha contra la impunidad internacional y el castigo de conductas contrarias al *jus-cogens* cuyos autores son considerados *hostes humani generis*.

La opinión de los principales Estados anglosajones es contraria a la admisión del principio. El informe Harvard antes citado lo admite excepcionalmente sólo en el caso del delito internacional de piratería. Brownlie opina que podrían agregarse el delito de secuestro de aeronaves y otros crímenes vinculados con el tráfico de estupefacientes³⁶³. Buergenthal menciona que, tras la segunda guerra mundial, los participantes en delitos como el genocidio y los crímenes contra la humanidad se encuentran sujetos a la jurisdicción universal, a los que luego agrega la piratería aérea, el tráfico de esclavos y algunas formas de terrorismo.³⁶⁴

Cassese menciona la piratería en el nivel del DI consuetudinario y otros crímenes en la órbita del DI convencional -v.g. los crímenes de guerra, la tortura, el terrorismo y el tráfico internacional de estupefacientes-. No obstante, comenta que el sistema convencional sólo obliga a los Estados a juzgar o extraditar (*aut prosequi et judicare, aut dedere*).³⁶⁵ En este sentido, todos los Estados parte de convenciones que impongan esta obligación aceptan la jurisdicción universal, ya que se enfrentan a esa doble obligación respecto de los delitos tipificados en la convención específica si el inculpada entra dentro de su custodia.

Existen entonces dos formas de considerar el ejercicio de la jurisdicción universal conforme se posea o no la custodia sobre el inculpada.³⁶⁶ La primera forma requiere la presencia del acusado en el territorio del Estado que lo juzgará, el llamado *forum deprehensionis*. La segunda opinión considera que el Estado puede ejercer jurisdicción sin importar si el acusado se encuentra bajo su custodia. En este caso, de no existir la posibilidad del procedimiento *in absentia*, nace la necesidad de extraditar al inculpada desde donde se encuentre.

Un ejemplo famoso del ejercicio de la jurisdicción universal sin la presencia del acusado lo

³⁶³) Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, Oxford, UK, 1990. p. 305.

³⁶⁴) Buergenthal Thomas y Maier Harold G., Public International Law in a nutshell, 2nd. Edition, West Group, US, 1990, p. 173.

³⁶⁵) Cassese Antonio, International Law, Oxford University Press, 4 Reimpresión, Oxford, Reino Unido, 2004, p. 261.

³⁶⁶) Kaczorowska Alina, Public International Law, Textbook, 3rd edition, Old Bailey Press, Holborn College, London, 2005, p. 126.

constituyó el caso del dictador chileno Augusto Pinochet. El juez español reclamó su extradición al Reino Unido mientras se encontraba realizando un tratamiento médico en Inglaterra. Los Lores decidieron que Pinochet no poseía inmunidad como jefe de Estado respecto de los cargos de tortura sistemática ejecutada en Chile y en consecuencia, procedía su extradición a España a fin que fuera juzgado.

La ley belga -hoy reformada³⁶⁷- permitió a un juez doméstico emitir una orden de arresto internacional contra una persona acusada de cometer crímenes internacionales. La orden fue emitida el 11/04/2000 contra Abdulaye Yerodia Ndombasi, entonces Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática de Congo por serias violaciones del DIH. El 17 de octubre Congo demandó a Bélgica ante la CIJ protestando la orden de arresto. La CIJ decidió que conforme el DI consuetudinario, los ministros en ejercicio poseen inmunidad penal absoluta e inviolabilidad cuando se encuentran fuera del territorio de su Estado, sin importar si la visita es en capacidad oficial o privada, como tampoco si los actos han sido realizados antes o durante la investidura oficial que se posee o aún si fueron ejecutados en capacidad privada u oficial. Decidió la CIJ que esta regla consuetudinaria se aplica aún tratándose de la comisión de delitos internacionales.³⁶⁸

En este caso las opiniones disidentes con las que concordamos fueron sostenidas por los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal. Estos opinaron que el rechazo por la mayoría de la distinción entre inmunidad funcional e inmunidad personal -a fin de determinar cuáles actos se encuentran protegidos por la inmunidad soberana-, no reflejó la práctica de los Estados tal como se evidencia en las sentencias de Fiscal General de Israel v. Adolf **Eichmann**³⁶⁹ y en R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte **Pinochet Ugarte**³⁷⁰, como también en tratados internacionales como el Estatuto del Tribunal Internacional Militar de Nüremberg, los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex- Yugoslavia y para Rwanda, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. La mayoría fundamentó su decisión en que inmunidad no significa impunidad ya que cualquier acusado de crímenes internacionales puede ser llevado a responder:

- (i) ante los tribunales de su propio estado;
- (ii) si su Estado renunciara a la inmunidad, ante los tribunales de otro Estado que deseara someterlo a proceso;

³⁶⁷) Tras el fallo de la CIJ, la ley Belga fue reformada dos veces en 23/04/2003 y 5/08/2003. Como resultado, los tribunales Belgas pueden hoy entender en la persecución de violaciones graves del DIH en situaciones en que la víctima es nacional Belga o ha residido en Bélgica durante al menos tres años.

³⁶⁸) CIJ, Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000: Democratic Republic of the Congo v. Belgium, 2002, ILM, 41, p. 536.

³⁶⁹) Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, 1961, ILR 36, p. 5.

³⁷⁰) R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (no 3), 1999, WLR 2, p. 827.

(iii) luego que cesara en su cargo público, el inculpado podría ser enjuiciado por cualquier Estado que poseyera jurisdicción conforme el DI;

(iv) en lo futuro, podría ser sometido a proceso ante la Corte Penal Internacional.

La minoría en disidencia expresó su escepticismo sobre estas posibilidades. Entre otros autores que recibieron con decepción la solución del caso, Cassese la juzga negativa para la evolución del DIDH.³⁷¹

La CIJ ratificó este criterio restrictivo de la lucha contra la impunidad y negatorio de la jurisdicción universal en cabeza de los Estados en dos fallos más hasta el momento: (i) **Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua**³⁷² (2008); y en (ii) **Inmunidades Jurisdiccionales del Estado**³⁷³ (2012).

El primero de los casos mencionados trataba sobre ciertas investigaciones Francesas que siguieron a la muerte de un juez Francés muerto en Djibouti, mientras asesoraba al Ministro de Justicia. Ante esto, Djibouti solicita a Francia mediante Carta Rogatoria ser informada de los avances en la investigación ya que involucraba a agentes públicos de Djibouti. La justicia francesa se niega y llama a declarar al Jefe de Estado y al Jefe de Inteligencia de Djibouti en calidad de testigos. En este punto Djibouti reclama en la CIJ por violar la obligación de cooperación jurisdiccional.

La CIJ decidió que Francia al haber omitido explicar las razones por las cuales no accedió al pedido de Djibouti en su carta rogatoria, había incumplido sus obligaciones internacionales, violando el art. 17 de la Convención sobre Asistencia Mutua en Cuestiones Penales. Además, la CIJ reafirma la inmunidad de jurisdicción de la que gozan los Estados y sus agentes.

En el caso Inmunidades Jurisdiccionales, la cuestión se centraba en la validez de una sentencia de la justicia griega en contra de Alemania que pretendía ser ejecutada en Italia. La República Italiana es demandada por Alemania por permitir que prosperaran en la justicia local italiana, la ejecución de varias demandas civiles contra Alemania, violando entonces su inmunidad de jurisdicción. Es de remarcar la naturaleza de las demandas: se trataba de indemnizaciones civiles por los daños sufridos ante violaciones del DIH por parte del Reich Alemán durante la II Guerra Mundial –septiembre de 1943 a mayo de 1945-. La CIJ reafirma su jurisprudencia relativa a la imposibilidad que la conducta de un Estado sea juzgada por los tribunales de otro, sin importar siquiera la naturaleza del reclamo que al igual que en el caso **Orden de Arresto**, se vinculaba con violaciones del jus cogens.

³⁷¹) Ver Cassese Antonio, When may Senior officials be tried for international crimes? Some comments on the Congo v. Belgium case, 2002, EJIL 13, p. 853 y ss.

³⁷²) CIJ, Caso relativo a Ciertas Cuestiones de Asistencia Mutua en materia criminal (Djibouti v. Francia), Judgement of 4/06/2008, disponible en <http://www.icj-cij.org>.

³⁷³) CIJ, Jurisdiccional Immunities of the State (Germany v. Italy), sentencia del 03/02/2012. Judgment. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>. A diferencia del caso Yerodia, aquí no está en debate la responsabilidad individual penal, sin embargo sí es centro de discusión la inmunidad estatal.

Sección Segunda: Inmunidad

I. Introducción

La igualdad de los Estados reconocida en los arts. 1.2 y 2.1 de la Carta ONU es uno de los pilares fundamentales de la inmunidad de jurisdicción. La igualdad se expresa en la máxima latina "*par in parem non habet imperium*" que refiere el estatus de igualdad que deriva del carácter soberano de cada Estado. Tres consecuencias derivan de lo dicho.

Primera, el principio de igualdad de los Estados permite que los tribunales locales acepten tanto la validez de actos jurídicos realizados en el extranjero, como de actos autorizados por sus agentes, incluida la legislación, aunque para esto se requieran determinadas formalidades. Los límites a este reconocimiento vienen dados por el hecho que tales actos no sean contrarios al DI o violenten el orden público del Estado donde el acto pretende producir efectos.

Segunda, el principio de igualdad habilita a un Estado extranjero a ser parte en un proceso ante los tribunales locales. Esto se entiende siempre como un derecho y no una obligación.

Tercera, los Estados pueden consentir que agentes de otro Estado entren en su territorio y actúen en una capacidad oficial de representación del Estado extranjero. Una consecuencia normal es que estos agentes extranjeros poseen inmunidad de jurisdicción respecto de los tribunales y agencias administrativas del Estado receptor. No obstante, esta inmunidad se encuentra limitada por el deber de respeto del derecho del Estado receptor, el cual puede utilizar razonablemente la fuerza para prevenir o terminar actividades realizadas en exceso de la autorización conferida o que violen el DI. Así, la inmunidad puede proteger al Estado *per se* en su calidad de soberano, o a sus agentes y representantes, como en el caso de las inmunidades diplomáticas y consulares. Estas últimas son puramente funcionales, en el sentido que permiten operar a las representaciones estatales dentro del territorio de los Estados receptores, y en este sentido son convencionales.

La pretensión de exclusión jurisdiccional se presenta en dos modalidades: (i) la inmunidad de jurisdicción, por la cual el Estado extranjero no puede ser demandado ni sometido a juicio en los tribunales de otro Estado; e (ii) inmunidad de ejecución, por la que el Estado extranjero y sus bienes no pueden ser objeto de embargo o ejecuciones forzadas por decisiones judiciales o administrativas, a menos que las consienta expresamente.³⁷⁴

La lógica de la inmunidad de jurisdicción descansa en los fundamentos vertidos por los tribunales

³⁷⁴) Díez de Velasco Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos, Madrid, 2005, decimoquinta edición, p. 299.

estadounidenses en el caso *The Schooner Exchange v. Mc Faddon* (1812), causa donde se debatió el derecho de soberanía reclamado por Napoleón como Emperador francés y las relaciones franco-estadounidenses. Los Sres. Mc Faddon y Greetham reclamaban su titularidad sobre el *Schooner Exchange*, buque que había sido apresado por personas siguiendo órdenes de Napoleón y transformado en buque de guerra francés. La controversia giraba en torno de si un buque de guerra francés amarrado en un puerto estadounidense poseía inmunidad ante las cortes norteamericanas. En su sentencia, el juez John Marshall afirmó que ningún soberano entraría en un territorio extranjero sin el entendimiento implícito de poseer inmunidad respecto de la jurisdicción foral. Luego, calificó a la jurisdicción del Estado como necesariamente exclusiva y absoluta:

*“Esta perfecta igualdad e independencia absoluta de los soberanos, y el interés común que los lleva a interactuar y a conducirse mutuamente con buenos oficios, ha dado nacimiento a una clase de casos en los cuales cada soberano se entiende ha renunciado a parte de su exclusiva jurisdicción territorial, que se ha afirmado como atributo de cada nación.”*³⁷⁵

Luego Marshall enumera ejemplos tales como la exención de la persona del soberano de la posibilidad de ser arrestado o detenido en el territorio de otro Estado, la inmunidad de los ministros extranjeros, y el paso de tropas extranjeras por el territorio de un Estado que les ha dado permiso. Menciona Bankas³⁷⁶ que el juez Marshall había incluso anticipado estas ideas al participar en los debates previos de la Constitución del Estado de Virginia.

A partir de este fallo, el concepto de inmunidad deja de estar atado a la persona del soberano y se extiende a otros órganos que se encuentran en territorio extranjero en calidad de visitantes.

II. Extensión de la inmunidad: actos de imperio y actos de gestión

El primer gran debate en torno de la inmunidad se centró en relativizar su carácter absoluto. Si se considera a la inmunidad con carácter relativo, el Estado sólo será inmune respecto de los actos que ejecute en carácter de "soberano" *-iure imperii-* y carecerá de tal inmunidad respecto de los actos que ejecute en su carácter de persona de derecho privado *-iure gestionis-*. La distinción entre uno y otro tipo de actos será realizada por la justicia del Estado del foro y en este punto la opinión sobre la extensión de la inmunidad estatal no es pacífica.

Estados Unidos adhiere en 1952 a través de su Departamento de Estado a la teoría restrictiva de la inmunidad. Su propósito fue dar respuesta a los intereses nacionales de carácter privado que contrataban con gobiernos extranjeros y pretendían la aplicación de la jurisdicción y ley locales. En

³⁷⁵) *The Schooner Exchange v. Mc Faddon*, Juez Marshall, 11 US, 116, 3 L Ed., 287, 1812, citado en Brownlie 1990, 325. Original: inglés. Traducción del autor.

³⁷⁶) Bankas Ernest K., *The State immunity controversy in International Law*, Springer Berlin, Germany, 2005, p. 17.

general los actos que han gozado históricamente de inmunidad en los Estados Unidos han sido:

- (i) actos administrativos como la expulsión de extranjeros;
- (ii) actos legislativos como la nacionalización;
- (iii) actos relativos a las fuerzas armadas;
- (iv) actos de la actividad diplomática; y
- (v) deuda pública.³⁷⁷

En la década de 1970 los Estados comienzan a legislar sobre la inmunidad de jurisdicción, dejando paulatinamente de lado la incertidumbre producida por las decisiones judiciales, y enumerando taxativamente las situaciones que pueden dar lugar al levantamiento de la inmunidad jurisdiccional de los Estados.

La Convención Europea sobre Inmunidad Estatal de 1972 confirma el criterio restrictivo de la inmunidad, negándola en ciertas categorías enumeradas de casos.

Un estudio del año 1982³⁷⁸ demostró que los tribunales de la mayoría de Estados que interpretaron la inmunidad de jurisdicción, optaron por brindarle un carácter restrictivo, antes que absoluto. La doctrina restrictiva de la inmunidad comienza entonces a codificarse en el derecho anglosajón. Así Estados Unidos dicta la Foreign Sovereign Immunities Act (1976)³⁷⁹; el Reino Unido hace lo propio a través de la State Immunity Act (1978) y subsidiariamente aplica common law³⁸⁰; Canadá aprueba la Canadian State Immunity Act (1982) y Australia hace lo propio con la Australian Foreign States Immunities Act (1985).

La CDI elaboró su propuesta de Artículos sobre la Inmunidad de Jurisdicción de Estados y su Propiedad, donde se sienta el principio de la inmunidad con excepciones.³⁸¹

Argentina se pone a tono con la tendencia internacional a través de su propia ley de inmunidad de jurisdicción 24.488 (1995) que posteriormente analizaremos.

En todas estas normas, la técnica legislativa ha consistido en establecer un principio general que afirma la inmunidad de jurisdicción, luego enumerar un catálogo de excepciones, y concluir en que

³⁷⁷) Janis M. W. Y Noyes J. E., *Cases and Commentary on International Law*, Second Edition, West Group, St. Paul, Minn., 2001, p. 784.

³⁷⁸) 4th Report on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 1982, preparado para la CDI por su redactor Especial, sr. Sucharitkul. YBILC, 1982, II-1, p. 199.

³⁷⁹) 28 USC, Chapter 97, 1602- 1605. En vigencia desde 19/01/1977. Define la actividad comercial en base a su naturaleza y no por su propósito (1603, inc. d.).

³⁸⁰) En vigencia desde el 22/11/1978. Bajo el articulado de esta ley, un Estado no posee inmunidad jurisdiccional en procedimientos relativos a una transacción comercial, la cual se define como contrato para la provisión de bienes o servicios, un préstamo financiero, y cualquier otra transacción en la cual un Estado actúa de forma diferente al del ejercicio de su autoridad soberana.

³⁸¹) Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II, Part Two.

la ejecución del resultado del proceso que tuviera lugar podrá efectivizarse respecto de la propiedad del Estado extranjero utilizada para propósitos comerciales (incluyendo a los buques).

Mas allá de la tendencia referida, Brownlie recuerda que aún los Estados que aceptan la teoría restrictiva de la inmunidad de jurisdicción, se muestran generalmente reacios a aplicar sus consecuencias en el nivel de ejecución de las decisiones judiciales, como medidas que deciden un embargo y la eventual ejecución de bienes del Estado deudor.³⁸²

III. La inmunidad frente a la violación de una norma de *jus cogens*

La cuestión de si pueden imponerse nuevas restricciones al principio de inmunidad mas alla de las reconocidas por el DI convencional y la normativa interna, fue contestada afirmativamente por la Suprema Corte de Grecia en el año 2000.

En el caso **Prefectura de Voiotia v. República Federal de Alemania**³⁸³, el tribunal supremo decidió que Alemania no podía invocar la inmunidad estatal respecto de actos *iure imperii* que se presentaban como violatorios del *jus cogens*. Este caso es por demás interesante, ya que se trataba de daños reclamados como indemnización por diversos actos atroces cometidos por las fuerzas de ocupación alemanas en la villa de Distomo y contra su población civil el 10/06/1944. Los fundamentos del fallo Voiotia son de gran peso y estimamos justa la solución griega. En el entendimiento de la Corte griega, toda vez que se produce el quebrantamiento de una norma perentoria de derecho internacional, debe existir una sanción. La violación de la norma de *jus cogens* -y éste es el punto más débil de la argumentación- supondría una renuncia tácita a la inmunidad de jurisdicción que se asegura al Estado como miembro del sistema internacional. Juegan aquí elementos similares a los que estuvieron presentes en Pinochet Ugarte y su alegada inmunidad personal.

No obstante, en la decisión de la Suprema Corte Griega en el caso Voiotia no estaba dicha la última palabra. La situación llegará a la CIJ cuando las víctimas intentando ejecutar la sentencia y poder cobrar, pidan en jurisdicción italiana la ejecución de bienes alemanes situados en Italia. Este pedido dará lugar a la decisión de la CIJ de 2012 en el caso **Inmunidades jurisdiccionales del Estado**³⁸⁴ donde se reafirman los fundamentos de **Orden de Arresto** ya relatados y demás postulados clásicos del DI que afirman la inmunidad estatal.

³⁸²) Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, Oxford, UK, 1990, p. 330

³⁸³) Corte Suprema Helénica, sentencia de 04/05/2000, Prefectura de Voiotia v. República Federal de Alemania, Caso no. 11/2000, 2001 AJIL 95, p. 95.

³⁸⁴) CIJ, Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), sentencia del 03/02/2012.

IV. La inmunidad de jurisdicción de los Estados en el ámbito de Naciones Unidas

En el ámbito universal, la AG de Naciones Unidas aprueba en diciembre de 2004 el proyecto de "Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes".³⁸⁵ La Convención emula la metodología seguida por varias normativas domésticas que la preceden, estableciendo como regla general la inmunidad para luego enumerar excepciones.

El art. 5 afirma que todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, conforme lo normado en la misma Convención. Seguidamente, se enuncian las excepciones:

- (i) ningún Estado puede hacer valer esta inmunidad en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión si ha consentido expresamente en que ese tribunal ejerza jurisdicción en relación con la misma, prestando dicho consentimiento a través de un acuerdo internacional, un contrato escrito o una declaración ante el tribunal (art. 7).
- (ii) la inmunidad tampoco puede ser invocada si el mismo Estado ha incoado el proceso, o si ha intervenido en tal proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo de la cuestión (art. 8).
- (iii) se excluye la inmunidad del Estado que incoe un proceso ante un tribunal de otro Estado, en relación con la reconvencción basada en la misma relación jurídica o los mismos hechos que la demanda principal; como tampoco un Estado que formule reconvencción en un proceso incoado contra él ante un tribunal de otro Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante ese tribunal en lo concerniente a la demanda principal (art.9).
- (iv) las transacciones mercantiles entre un Estado con una persona natural o jurídica extranjera con las condiciones establecidas en el art. 10;
- (v) contratos de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado con los requisitos establecidos por el art. 11°;
- (vi) procesos relativos a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión (art.12);
- (vii) procesos relativo a la determinación de un derecho o interés del Estado respecto de bienes

³⁸⁵) Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Firmada en Nueva York , 02/12/2004. UNTC Doc. A/59/508 .

inmuebles situados en el Estado del foro, la posesión o el uso por el Estado de esos bienes inmuebles o una obligación del Estado nacida de su derecho o interés respecto de tales bienes inmuebles o de su posesión o uso de esos bienes; un derecho o interés del Estado respecto de bienes muebles o inmuebles, nacido en virtud de sucesión, donación u ocupación de bien vacante; o un derecho o interés del Estado respecto de la administración de bienes en fideicomiso, integrantes de la masa de la quiebra o de una sociedad en caso de disolución (art. 13);

(viii) procesos relativo a la determinación de cualquier derecho del Estado sobre una patente de invención, dibujo o modelo industrial, nombre comercial o razón social, marca de fábrica o de comercio, derecho de autor o cualquier otra forma de propiedad intelectual o industrial que goce de protección jurídica, en el Estado del foro (art.14);

(ix) ningún Estado que sea propietario de un buque o que lo explote podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, en un proceso relativo a la explotación de ese buque si, en el momento de producirse el hecho que haya dado lugar a la acción, el buque fuere utilizado para fines que no sean un servicio público no comercial (art.16);

(x) si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, en ningún proceso relativo a la validez, la interpretación o la aplicación del convenio arbitral, el procedimiento de arbitraje o la confirmación o anulación del laudo a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.

La Convención ONU sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados, fue abierta desde su firma hasta enero de 2007 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Tiene previsto entrar en vigencia en el trigésimo día a partir del depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación o adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Al momento -agosto de 2019- sólo recibió 22 ratificaciones, siendo 28 los Estados firmantes. Argentina no firmó el documento ni ha accedido al mismo posteriormente. No constituye en consecuencia DI convencional. Tampoco puede arriesgarse la afirmación que la Convención como tal refleje el DI consuetudinario, el número de Estados participantes y ratificantes no lo permite. No obstante, ciertas excepciones a la inmunidad estatal que forman parte de su articulado pueden si ser consideradas constantes en la conducta de los Estados y en consecuencia, constituir prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

V. Jurisprudencia Argentina relevante en relación con la inmunidad de jurisdicción

En los casos **Gómez Samuel c. Embajada Británica**³⁸⁶ y **López Elsa y ot. c. Embajada de Francia**, se debatieron cuestiones laborales, e igualmente en ambas demandas la primera instancia consideró, en base a la naturaleza de la materia sometida a juicio, que la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero llevado a juicio no se encontraba comprometida, en tanto las cuestiones no importaban temas inherentes a su misión diplomática en el país.

El caso Gómez consistió en una acción por despido iniciada por el jardinero de la embajada británica en la ciudad de Buenos Aires. El juez de primera instancia solicita el allanamiento del Gobierno Británico a la jurisdicción argentina por aplicación del art. 24, inc. 1 del decreto-ley 1285/58. El Reino Unido no comparece al proceso, invocando su inmunidad de jurisdicción, y comunicando esto a la Justicia a través del Ministerio de Relaciones Exteriores Argentino, en lugar de hacerlo en el expediente judicial. Un primer tema controvertido entonces consistía en decidir si la inmunidad de jurisdicción debía invocarse por vía judicial o bastaba hacerlo ante la vía administrativa mediante el Poder Ejecutivo Nacional. En primera instancia se decide llevar adelante la causa siguiendo el criterio sustentado por la Cámara Nacional del Trabajo en el caso Roldán, en el cual se había dado curso a un reclamo laboral contra la legación de Vietnam del Sur.

En el caso López, se discutía igualmente el despido de dos empleados de limpieza. La Embajada de Francia se había presentado ante la justicia invocando su inmunidad, y contestando subsidiariamente la demanda en caso de que no prosperara la excepción planteada –lo cual ocurre en primera instancia.

La CSJN resuelve ambos casos el mismo día por ser análogos. Siguiendo el criterio clásico de inmunidad absoluta de los Estados, en las sentencias recaídas en ambas causas en 24/06/1976, la Corte admite y reafirma la inmunidad de jurisdicción invocada por sendas representaciones consulares por cuanto en el entendimiento de la Corte el decreto-ley 1285/58 no autorizaba efectuar distinciones respecto de la naturaleza de la cuestión.³⁸⁷

Sin embargo, en 1994 se produce un giro importante en la jurisprudencia de la CSJN. En **Manauta Juan J. y otros c. Embajada de la Federación Rusa**³⁸⁸, los actores promueven demanda contra la Embajada de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y luego de la escisión de ésta, contra la Embajada de la Federación Rusa en su carácter de sucesora de los derechos y obligaciones. Se reclaman daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de las obligaciones de

³⁸⁶) CSJN, Gómez Samuel c. Embajada Británica 24/06/1976, La Ley 1976-D, p. 229.

³⁸⁷) CSJN, voto de los doctores Horacio H. Heredia, Adolfo R. Gabrielli, Alejandro R. Caride, Federico Videla Escalada, y Abelardo F. Rossi).

³⁸⁸) CSJN, Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa. Sentencia de 22/12/1994. Fallos: 317: 1880.

aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares a cargo de la demandada. La pretensión se funda en la relación de dependencia que los actores mantuvieron en la Oficina de Prensa de la Embajada de la URSS, donde realizaban tareas para la revista "Novedades de la Unión Soviética". El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal libra varios oficios al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto a fin de requerir un pronunciamiento expreso por parte de dicha Embajada, del que surgiera la aceptación de la competencia de su Juzgado para entender en la contienda suscitada. Al no obtenerse este consentimiento expreso, se comunica a la actora que el juzgado no se encontraba en condiciones de dar curso a sus peticiones. Esta decisión es apelada ante la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que la confirma, fundada en que los Estados extranjeros sólo pueden ser sometidos a la jurisdicción del Estado del foro si media conformidad, situación que no se daba en el caso. Ante esta segunda negativa, la actora deduce el recurso extraordinario federal, el cual es concedido.

Desde lo normativo, los actores no discutían la inmunidad de jurisdicción estatal sino sus alcances. La norma vigente en ese momento era el art. 24, inc. 1, para. 2º del decreto - ley 1285/58, la cual no incluía el término "expreso" al referir la conformidad que debían prestar los Estados extranjeros para ser sometidos a juicio ante los tribunales argentinos. La Cámara de Apelaciones había afirmado que el silencio de la demandada frente a un requerimiento expreso sólo podía ser interpretado como una negativa tácita.

El recurso extraordinario federal presentado por la actora se funda en la naturaleza del objeto de la acción intentada. Así, sostuvo la actora que los actos sobre los cuales versaba la acción no eran alcanzados por la inmunidad de jurisdicción. En la lógica de la apelante, la inmunidad se limita a la materia propia de las legaciones extranjeras y no a ilícitos provenientes de un fraude previsional.

En su decisión, la CSJN relata el nacimiento histórico de la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción "como espejo de esta nueva realidad internacional" posterior a la primera guerra mundial y de un trabajo doctrinario y jurisprudencial que lleva a distinguir los actos "*iure imperii*" de los actos "*iure gestionis*", sosteniendo que sólo respecto de los primeros la jurisprudencia-comparada- mantuvo el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. Llevando esta afirmación a la legislación vigente, la CSJN considera que si bien el art. 24 del decreto - ley 1285/58 no acogía la tesis restringida,

“a la vista de la práctica actual divergente de los Estados, ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional general, porque no se practica

de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad".³⁸⁹

La Corte reconoce que este caso se refiere al cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales que no afectan el normal desenvolvimiento de una representación diplomática, subrayando que:

"una interpretación opuesta ... conduciría en el caso, al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría a un grave peligro de su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el derecho internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir".³⁹⁰

Se hace entonces lugar al recurso extraordinario, descartando la aplicación al caso del art. 24, inc. 1° del decreto - ley 1285/58 por no encontrarse en tela de juicio un acto de gobierno del estado extranjero. La CSJN revoca la resolución apelada y declara la competencia de la Justicia Civil y Comercial Federal. En esta etapa se llega finalmente a condena el 02/12/1999. La Equidad comienza entonces con **Manauta** a abrirse camino en Argentina por medio del respeto a la persona dentro del sistema de Estados soberanos.

El caso vuelve a la CSJN en una segunda etapa en 2007. Los actores, en la etapa de ejecución de sentencia solicitan el embargo de un inmueble, que entienden es de propiedad de la Embajada de la Federación Rusa. Ante el rechazo de su pretensión, presentan un recurso extraordinario. En ese contexto, se considera que la Embajada de la Federación Rusa había manifestado reiteradamente que no renunciaba a la inmunidad de ejecución.

La Procuradora afirma que no corresponde el dictado de medida coactiva alguna contra los bienes alcanzados por la protección brindada por el art. 22 de la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, ya que ello colisionaría con la norma citada.

El fundamento lógico de esta limitación consiste en la necesidad de garantizar el desempeño eficaz de las representaciones diplomáticas tal como lo afirman el Preámbulo y el art. 25 de la CVRD y de no poner en riesgo la existencia del Estado sobre el cual recae la sentencia condenatoria. Frente a este límite impuesto por el DI, se presenta la idea del inicio de gestiones diplomáticas entre los países, tendientes a lograr el acatamiento de la sentencia firme por parte de la Federación Rusa, sobre todo considerando la naturaleza del reclamo surgido por obligaciones impagas de la seguridad social que se encontraban a su cargo.

Se decide entonces en febrero de 2007 que corresponde declarar formalmente admisible la

³⁸⁹) CSJN, Manauta Juan José y ot. c. Embajada de la Federación Rusa, 1994. Sentencia, considerando 7o.

³⁹⁰) Idem ant., considerando 13.

apelación extraordinaria, pero luego se confirma la sentencia impugnada y se dispone el inicio de gestiones diplomáticas "con arreglo a lo expresado".

VI. Normativa Argentina específica

Argentina adopta en un principio la doctrina clásica de inmunidad absoluta que en el mundo reina indiscutida hasta la primera guerra mundial. Esta situación se normatiza en el art. 24 de la ley 13.998 del 29/09/1950, luego derogado por el art. 67 del decreto-ley 1285/58, finalmente convertido en ley 14.467 que reproduce un precepto similar al anterior en su art. 24, el cual dice:

"La Corte Suprema de Justicia conocerá:

1°) Originaria y exclusivamente, en todos los asuntos que versen entre dos (2) o más provincias y los civiles entre una (1) provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una (1) provincia y un (1) Estado extranjero; de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público.

No se dará curso a la demanda contra un (1) Estado extranjero; sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio".

Como consecuencia de lo ocurrido en el caso **Grona**, el decreto-ley 9015 del 09/10/1963 añade a la disposición citada, el siguiente párrafo llamado por Goldschmidt "cláusula Grona":

"Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad, cuando el país extranjero modifíquese sus normas al efecto".

Finalmente, la ley argentina 24.488 reconoce como principio general la inmunidad absoluta de los Estados extranjeros ante los tribunales nacionales, estableciendo una serie de excepciones.³⁹¹ La intención del legislador confirma el aserto. Puede leerse en los fundamentos de los antecedentes parlamentarios de la ley:

"...se toma como principio general la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, por el cual los mismos no pueden ser sometidos a la jurisdicción de los tribunales argentinos, salvo en los casos que

³⁹¹) Ley 24.488 Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos, sancionada el 31/05/1995. Decreto reglamentario (veto parcial) 838 de 22/06/1995. BO 28/06/1995.

como excepción se prevea expresamente".³⁹²

Además, la ley deja a salvo la aplicación de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 que constituyen normas específicas respecto de las situaciones de diplomáticos y cónsules que actúan en el país (art. 6 ley 24.488).

La importancia de la ley argentina de inmunidad de jurisdicción reside entonces en sus excepciones, ocho situaciones en las cuales los Estados extranjeros pueden ser demandados ante los tribunales locales. Éstas se enumeran en su art. 2:

“(a) Cuando consentan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;

El estado extranjero puede consentir la jurisdicción local antes del surgimiento del conflicto o una vez nacido éste.

El consentimiento debe ser expresado por autoridad competente. Cuando el demandado es el estado extranjero o una de sus agencias, la autoridad competente será determinada por el propio Estado extranjero. No obstante, cuando el demandado es un agente extranjero acreditado en nuestro país, el consentimiento debe ser expresado por el Estado que lo envía, no siendo válido el consentimiento expresado por el propio agente. En el caso **Jiménez Boada, Pablo**³⁹³, se investiga la participación de un funcionario diplomático con jerarquía de ministro de la Embajada de la República de Bolivia en un presunto delito. La Corte al tener acreditado el rango diplomático del nombrado, declara su competencia originaria. Posteriormente, fundada en que el art. 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas -CVRD- consagra que "el agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor", afirmando que sólo el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de sus agentes (art. 32.1) y que en consecuencia, el llamado a indagatoria por el juez penal de primera instancia y todos los actos procesales dictados en consecuencia son nulos. Se solicita entonces que el juez solicite por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, la conformidad de la embajada de Bolivia conforme el art. 32 de la CVRD.

(b) Cuando fuera objeto de una reconvencción directamente ligada a la demanda principal que el Estado hubiere iniciado;

Es éste un supuesto de expresión tácita de la voluntad del Estado de someterse a los tribunales argentinos. La ley argentina entiende que si un Estado entabla una acción en sus tribunales está reconociendo la competencia de los mismos para resolver el conflicto. Por tanto, si la reconvencción

³⁹²) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 07/12/1994, p. 4300.

³⁹³) CSJN, Jiménez Boada, Pablo s/ causa N.N. s/ contrabando. Fallo Interlocutorio n° J. 17. Buenos Aires, 24/11/1998.

que el demandado realiza se encuentra ligada a la demanda principal, el Estado extranjero no podrá interponer su derecho a la inmunidad de jurisdicción ya que ha reconocido previamente la jurisdicción del tribunal.

Como la ley 24.488 no menciona quiénes pueden reconvenir, habrá que estar a lo dispuesto por la normativa procesal federal, esto es, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -CPCCN-. Éste prevé que sólo las partes o terceros intervinientes en el proceso puede ejercer esta facultad, excluyéndose en consecuencia, quienes participan del proceso judicial sin calidad de parte.

(c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del Derecho Internacional;

En este supuesto, la actividad comercial del estado extranjero queda atrapada por la jurisdicción argentina, sea por su propia voluntad expresada en el contrato o bien por lo indicado por la norma indirecta de derecho internacional privado argentino. Conforme la jurisprudencia de la CSJN esta excepción comprende todos los actos de gestión que realiza un Estado extranjero. En este punto, el patrón para diferenciar tales actos está constituido por la naturaleza de la actividad.

(d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

La ley establece dos requisitos para que el juez argentino posea competencia: (i) que la demanda sea entablada por trabajadores nacionales o residentes; y (ii) que los efectos del contrato de trabajo se produzcan en Argentina.

La jurisprudencia local se ha pronunciado en forma reiterada respecto de la imposibilidad de invocar la inmunidad de jurisdicción por parte del Estado extranjero toda vez que el reclamo provenga de obligaciones laborales y previsionales. Por su parte, la CSJN desde el *leading case Manauta*, ha afirmado la competencia de la justicia local ya que las cuestiones en debate no constituyen actos de gobierno y no afectan en modo alguno el normal desenvolvimiento de las respectivas embajadas.

(e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;

El punto de conexión aquí para atribuir jurisdicción es conductista: repara en el lugar de ocurrencia del delito o cuasidelito.

En el caso *Ceresole Norberto c. República de Venezuela*³⁹⁴, la actora reclama daños y perjuicios causados por los actos ilícitos cometidos por agentes de inteligencia dependientes del Estado

³⁹⁴) CSJN, *Ceresole Norberto Rafael c/ República de Venezuela*, Sentencia de 25/09/2001. Fallos: 324:2885.

venezolano durante una visita a dicho país realizada por cuestiones profesionales. Las alegadas violaciones incluían su secuestro, amenazas, y otros malos tratos y golpes por agentes venezolanos, todo lo cual finaliza con la deportación de la actora.

En primera instancia se requiere la conformidad del Estado venezolano por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores argentino. Venezuela se niega, y el juez resuelve conceder inmunidad de jurisdicción al Estado venezolano, por entender que la indemnización solicitada tenía su origen en un acto de imperio, excluido de las excepciones establecidas en la ley 24.488. La Cámara confirma la sentencia, llegándose así al recurso extraordinario.

Al recurrir, la actora sostiene que el art. 118 de la Constitución argentina que establece que en caso que el delito sea cometido “fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”-, es operativo y en consecuencia, debe prevalecer sobre la ley 24.488. Asimismo considera que los ilícitos cometidos por agentes venezolanos no pueden ser considerados ni actos de imperio ni actos de gestión.

La CSJN confirma la sentencia apelada tomando como propios los fundamentos del Procurador General de la Nación Nicolás Becerra. Éste opinó que los actos de los agentes venezolanos acaecidos dentro del territorio de Venezuela no pueden ser incluidos entre las excepciones que consagra el art. 2 de la ley 24.488, por cuanto su inciso e) refiere la posibilidad de demandar localmente por daños y perjuicios derivados de delitos y cuasi-delitos siempre y cuando éstos hayan sido cometidos "en territorio argentino". Tampoco considera aplicable el art. 118 de la Constitución argentina, ya que la disposición se refiere a juicios criminales y no al reclamo civil indemnizatorio. Por último, menciona que el autor o responsable objetivo de la lesión a la persona o a los bienes ocurrida en territorio argentino, debe hallarse vinculado al Estado extranjero.

(f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;

Encontramos aquí un punto de conexión real ya que la ubicación del inmueble determina la jurisdicción aplicable.

En Obras Sanitarias de la Nación c. Embajada de la URSS³⁹⁵, la cuestión central versa sobre una ejecución fiscal por cobro de la deuda del servicio de agua potable y desagües de un inmueble propiedad de la demandada. El Estado extranjero demandado opone excepción de incompetencia fundada en la inmunidad de jurisdicción que a su juicio, se consagraba en forma absoluta en la ley 24.488 y en el principio de inmunidad de ejecución previsto por la práctica internacional y la

³⁹⁵) CSJN, OSN c/ Embajada de la URSS – Representación Comercial de Rusia s/ Ejecución. Sentencia de 21/05/2001. Fallos 324: 1648.

Convención de Viena de 1961 -CVRD-, invocando subsidiariamente la prescripción de la deuda.

Tanto el juez de primera instancia como la alzada rechazan la excepción de incompetencia, basándose en el art. 2, inc. f) de la ley 24.488 (acciones sobre inmuebles situados en territorio nacional). La demandada deduce recurso extraordinario ya que según su argumentación, se llegaría eventualmente a una sentencia de imposible ejecución en vistas de lo establecido por la CVRD de 1961.

La CSJN confirma el encuadramiento del caso dentro de la normativa doméstica mencionada. Utiliza como antecedente el art. 9 de la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados³⁹⁶, que el presente inciso no sólo incluye acciones reales sino también aquellas que puedan interponerse derivadas de la posesión o uso de un inmueble, como también respecto de obligaciones surgidas del ejercicio de un derecho sobre un inmueble sito en Argentina.

(g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional;

La ley establece dos condiciones para la configuración de la excepción a la inmunidad: (i) que el Estado extranjero revista la calidad de heredero o legatario; y (ii) que los bienes en cuestión se encuentren en territorio nacional. Esta excepción se vincula con la anterior limitación, justificadas ambas en la idea de soberanía estatal del Estado del foro.

(h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

Esta excepción parte del reconocimiento de la validez del instituto de la "prórroga de jurisdicción", que en sus efectos equivale a una renuncia anticipada a la inmunidad, aún cuando la cuestión posea matices interpretativos como lo veremos en lugar oportuno.

La firma del convenio arbitral implica consentir tácitamente la jurisdicción del tribunal competente para resolver los conflictos a que diera lugar la validez, interpretación o aplicación del mismo convenio, dejando a salvo la autonomía de la voluntad que puede decidir en forma expresa lo contrario.

La ley argentina otorga competencia al juez local a fin de decidir respecto de la validez del

³⁹⁶ El art. 9 establece: "Un Estado contratante no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado contratante si el procedimiento se refiere: a) a un derecho del Estado sobre un inmueble, a la posesión de un inmueble por el Estado o al uso que hace de él; b) a una obligación que le incumbe, sea en su calidad de titular de un derecho sobre un inmueble, sea en razón de la posesión o del uso de éste, y si el inmueble está situado en el territorio del Estado del foro."

convenio, interpretar su contenido o bien ejecutar el laudo al cual se hubiese llegado. No obstante, esto no significa que la justicia local pueda ser utilizada como mecanismo de revisión del laudo al que arriba la vía arbitral.

Los casos **Galinger, Cabrera y Fibraca** guardan relación con el presente inciso.

En Galinger, la CSJN aplica la doctrina **Fibraca**, esto es, admite la inmunidad de jurisdicción planteada por la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, en el entendimiento que no cabe por vía extraordinaria, revisar los laudos del tribunal arbitral, más allá de considerar que la ley 24.488 no es aplicable a organismos diferentes de los Estados.

VII. Argentina frente a la inmunidad de ejecución

Comenta Travieso que al no proveer la ley 24.488 directiva alguna respecto de la inmunidad de ejecución, y al ser esta última más estricta, debiera su interpretación estar guiada por el principio *in dubio pro immunitatem*.³⁹⁷

La línea general que siguen las legislaciones domésticas se dirige a establecer pocas excepciones en las cuales los bienes del estado extranjero pueden ser ejecutados. El requisito esencial consiste en obtener el consentimiento del Estado interesado o bien que la ejecución se ordene respecto de bienes exclusivamente afectados a fines comerciales. Esto último claro está queda a interpretación del juez del foro donde pretendan ejecutarse los bienes, por lo cual incluso respecto de los bienes destinados a fines comerciales, la variedad interpretativa jurisprudencial impide brindar certidumbre en la cuestión.

En el caso **Blasson Beatriz c. Embajada Eslovaca**³⁹⁸ se discutió la inmunidad de ejecución de un estado extranjero.

La actora se había desempeñado como personal de maestranza y servicios para la Embajada de la República eslovaca, y reclamaba diversos rubros laborales emergentes en su mayor parte, del despido incausado. Declarada la rebeldía de la accionada y comunicada más tarde su negativa a someterse a la jurisdicción de los tribunales argentinos, la actora gestionó el dictado de diversas medidas precautorias, las que condujeron finalmente, a la traba de un embargo preventivo sobre una cuenta bancaria de la Embajada.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirma la decisión de grado que había desestimado el pedido de levantamiento del embargo preventivo sobre la cuenta corriente bancaria de la demandada. Al denegarse el recurso extraordinario, la Embajada Eslovaca llega en queja a la

³⁹⁷) Travieso, Juan Antonio, Derecho Internacional Público, Ed. Abeledo Perrot, 1a. ed., Buenos Aires, 2012, p. 444.

³⁹⁸) CSJN, Blasson, Beatriz Lucrecia Graciela c. Embajada de la República Eslovaca. Sentencia de 06/10/1999. Fallos 322: 2399 y LL 2000-B, p. 540.

CSJN. La Embajada eslovaca afirmaba que la decisión en crisis vulneraba el principio de seguridad jurídica y la inviolabilidad de las inmunidades de que gozan los Estados extranjeros, como igualmente los compromisos de reciprocidad entre los Estados contratantes³⁹⁹. El punto central en la lógica de la Embajada fue que nunca renunció -ni expresa ni tácitamente- a las inmunidades reconocidas por el DI. Destacaba además que los fondos depositados en la cuenta objeto de embargo habían sido enviados por el Estado eslovaco para cubrir los gastos ordinarios de la Embajada, invocando lo dispuesto por el art. 33 inc. 3 de la CVRD.

En primer lugar, la CSJN afirma la inexistencia de norma alguna de derecho interno que regule específicamente el conflicto de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros. Ante tal ausencia entiende que la ley 24.488 no puede ser aplicada por analogía. La CSJN afirma entonces que el caso deberá resolverse según las normas y principios del DI que resulta así incorporado "ipso iure" al derecho argentino federal, pues "el desconocimiento de las normas que rigen las relaciones diplomáticas internacionales no tendría otro desenlace que conducir al aislamiento de nuestro país en el concierto de las naciones"⁴⁰⁰, citando lo resuelto en **Manaufa**.

En segundo lugar, la CSJN recuerda las normas de la CVRD que impiden registros, pesquisas, embargos ni medidas de ejecución sobre los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes (art. 22.3). La Corte considera que toda medida ejecutoria contra bienes de un Estado extranjero que impliquen el empleo de la fuerza pública del Estado del foro, afectan gravemente la soberanía e independencia del Estado extranjero, por lo que no cabe extender las soluciones sobre inmunidad de jurisdicción a los casos de inmunidad de ejecución.

Considera que en la práctica, numerosos Estados admiten la ejecución forzada contra un Estado extranjero pero con grandes restricciones: cita a Italia, Suiza, Bélgica, Países Bajos, Austria, Francia y Grecia, entre otros. Esas limitaciones se refieren a los bienes objeto de ejecución y a la posible afectación de las relaciones diplomáticas.

En tercer lugar, considera la CSJN de especial importancia la solución brindada por la Convención Europea sobre Inmunidad Estatal de 1972 que permite la ejecución contra la propiedad de un Estado para ejecutar una sentencia firme en procedimientos seguidos contra tal Estado en circunstancias en que la Convención no reconoce inmunidad de jurisdicción, siempre y cuando los procedimientos guarden relación con una actividad comercial o industrial en la que el Estado haya tomado parte como particular y la propiedad en cuestión haya sido utilizada exclusivamente en relación con tal actividad (cita aquí al Cap. IV y especialmente el art. 26 de la Convención

³⁹⁹) Expresados en los arts. 75 inc. 22, Constitución Nacional; 22, inc. 3, 24/5, 30 y 32 inc. 4, Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas; y 6, ley 24.488.

⁴⁰⁰) Idem ant. para. 2.

Europea).

Finalmente, considerando que la actora no desvirtuó la alegación relativa a que los fondos depositados en la cuenta embargada tenían por destino el cumplimiento de obligaciones de la actividad normal de la embajada, la CSJN decide que la cuenta embargada sirve a fines soberanos del Estado extranjero en nuestro país y así, ordena el levantamiento del embargo preventivo.

En suma, para la CSJN la línea divisoria que permite aceptar ciertas medidas y denegar otras está dada por el uso de la fuerza contra los bienes o agentes del estado extranjero, requiriendo además el consentimiento del mismo o que los bienes a ejecución formen parte indubitable de una actividad comercial.

Anexo I: El caso ARA Fragata Libertad

NML Capital es un fondo de inversión constituido en las Islas Caimán, cuya propiedad pertenece a Elliot Associates -un fondo de riesgos estadounidense-. Este fondo compró deuda defaulteada por Argentina con la intención de obtener su cobro judicialmente en jurisdicción estadounidense. En este sentido, obtiene una orden de la Corte Superior de Justicia de Ghana (División Comercial) a fin de mantener a la fragata amarrada en el puerto de Tema con el objeto de satisfacer el cumplimiento de una decisión judicial emitida por una Corte de Distrito de Estados Unidos relativa al pago de ciertos bonos argentinos impagos.

La naturaleza del conflicto en examen no es la existencia de inmunidad respecto de los buques de guerra, sino si tal inmunidad no ha sido renunciada por Argentina -al formular el canje de la deuda defaulteada y someterse a tribunales extranjeros prorrogando la jurisdicción- y si eventualmente, tal renuncia a efectos de su validez debe ser especial o basta con una renuncia general.

Embargada la Fragata Libertad, buque insignia de la Armada Argentina e interditada su salida por la justicia ghanesa en el puerto de Tema, Argentina recurre al Tribunal del Mar.

El 29/10/2012 Argentina solicita la constitución de un tribunal Arbitral con fundamento en el Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM en adelante)⁴⁰¹ a fin de declarar en primer lugar que la República de Ghana, al detener al buque de guerra “ARA Fragata Libertad”, mantenerlo detenido, no permitirle recargar combustible y adoptar diversas medidas judiciales en su contra, violó su obligación internacional de respetar las inmunidades de

⁴⁰¹) Ver la Notificación y afirmación de los reclamos de fecha 29/10/2012.

jurisdicción y de ejecución de las que goza dicho buque conforme el Art. 32 CNUDM y el art. 3 de la Convención de 1926 para la Unificación de Ciertas Reglas relativas a la inmunidad de buques de propiedad del estado, así como otras reglas de DI general o consuetudinario.

En segundo lugar, Argentina solicita que se declare que Ghana había impedido el ejercicio del derecho a salir de las aguas jurisdiccionales del Estado costero y el derecho de libertad de navegación del que gozaba la Fragata ARA Libertad junto con su tripulación.⁴⁰²

Argentina requiere al Tribunal Internacional del Mar que afirme la responsabilidad internacional de Ghana solicitando que le ordene cesar inmediatamente las violaciones referidas; pagar una compensación adecuada y ofrecer un saludo solemne a la bandera argentina como satisfacción por el daño moral causado.⁴⁰³

Finalmente, el 14/11/2012 Argentina solicita el dictado de una medida provisoria consistente en ordenar al Estado de Ghana que permitiera de forma incondicional al buque “ARA Fragata Libertad” dejar el puerto de Tema y las aguas jurisdiccionales y que fuera re-abastecido a tal fin.

Desde lo normativo, Argentina argumentó que el conflicto se relacionaba particularmente con la interpretación y aplicación de los arts. 18, parágrafo 1 (b); 32; 87, parágrafo 1 (a); y 90 de la CNUDM. En su respuesta, Ghana requirió del Tribunal el rechazo del pedido de medidas precautorias, y que se ordenara a Argentina el pago de todos los gastos incurridos en conexión con su solicitud.

El Tribunal del Mar es un tribunal internacional específico y de carácter temático. Entiende sólo en cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la CNUDM conforme sus provisiones⁴⁰⁴ y eventualmente, de acuerdos internacionales relacionados con los propósitos de la Convención.⁴⁰⁵ En relación con el derecho aplicable, el art. 293 dispone que “La corte o tribunal competente en virtud de esta sección aplicará esta Convención y las demás normas de derecho internacional que no sean incompatibles con ella.”

⁴⁰² Conforme los arts. 18, para. 1(b); 87, para. 1(a); y 90 de la CNUDM.

⁴⁰³ Tres días antes -esto es, el 26/10/2012- Argentina había modificado su declaración de ratificación de la CNUDM, retirando con efecto inmediato la excepción opcional sobre la aplicabilidad de la sección 2 de la parte XV de la Convención prevista en tal artículo y relativa a las “actividades militares de buques y aeronaves estatales ocupados en servicios no comerciales.” Expuesta en su declaración de 18/10/1995, esto claro con la obvia intención de producir los efectos de la aplicación del Anexo II y la solicitud de medida cautelar ante el Tribunal del mar.

⁴⁰⁴ A saber Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, art. 288, para. 1 y Estatuto del Tribunal del Mar, art. 21; art. 297, y declaraciones realizadas conforme el art. 298.

⁴⁰⁵ Al momento existen diez acuerdos multilaterales que confieren jurisdicción al Tribunal del Mar. Entre ellos (i) Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea; y (ii) The United Nations Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks.

La piedra de toque del pedido argentino de medidas precautorias fue el art. 32 de la Convención que afirma la inmunidad de los buques de guerra que ejercen el derecho de paso inocente y el art. 95 relativo a la inmunidad de buques de guerra en alta mar.

Surge un punto interesante. La inmunidad de los buques de guerra, ¿es una regla de DI general o una norma específica del derecho del mar? Si lo primero es correcto, el Tribunal del Mar hubiera debido excusar su jurisdicción en favor de la CIJ que es un tribunal de DI general. El art. 32 de la CNUDM puede ser interpretado como una regla especial relativa a la inmunidad de los buques de guerra, en una suerte de reenvío a otras convenciones⁴⁰⁶, o bien su inclusión obedece a la intención de reiterar que una regla básica del DI general -la inmunidad de los buques de guerra-, no se encuentra afectada por la CNUDM. Ghana argumentó en este sentido.⁴⁰⁷

El Tribunal Internacional del Mar acepta su jurisdicción basado en la necesidad de interpretar si se ha violado el artículo mencionado, considerándolo tácitamente una regla de la Convención de Derecho del Mar antes que una norma de DI general, que por otra parte, también lo es. El Tribunal interpreta que el art. 32 tal cual se encuentra formulado se aplica de manera general y no se limita al mar territorial: "Alguna de las provisiones -v.g. el art. 32- pueden ser aplicables a todas las áreas marítimas".⁴⁰⁸

Luego considera que aún cuando la cuestión fuera de DI general, por tratarse de un pedido de medidas precautorias, la jurisdicción se justifica en la posibilidad de poner en peligro las relaciones amistosas entre Ghana y Argentina, meritando sobre todo el incidente ocurrido el 7/11/2012, cuando personal portuario de Tema intentó forzar al buque a desplazarse a otra zona del puerto, cortando los suministros de agua y electricidad, respondiendo la tripulación argentina con las armas en cubierta. Finalmente, el Tribunal del Mar concede la medida precautoria solicitada por Argentina justificándola en la amenaza de quebrantar las relaciones amistosas mutuas.

⁴⁰⁶) Como lo decidido por el ITLOS en el caso MOX Plant, Sentencia, 02/07/2003, para. 85. Así lo afirma Michail Risvas, en "The Saga continues: Argentina's request for provisional measures v. Ghana before the ITLOS", 20/11/2012, European Journal of International Law. Ver www.ejiltalk.org

⁴⁰⁷) Ghana respondió que conforme el art. 288 de la Convención, aún cuando no negaba la existencia de una disputa entre ambos países, la misma concernía al derecho internacional general, antes que a la interpretación o aplicación de la CNUDM.

⁴⁰⁸) Decisión del TIDM relativa al pedido de medidas cautelares The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana), Order of 15 December 2012, para. 64. Ver sitio www.itlos.org/

Sección Tercera: Privilegios e Inmunidades Diplomáticas y Consulares

I. Introducción

Las reglas del DI que han gobernado las relaciones entre los representantes estatales en el ejercicio de funciones diplomáticas y consulares han generado una costumbre pacífica y largamente establecida, hoy codificada en su mayor parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas -CVRD en adelante-.⁴⁰⁹ Como lo afirma esta Convención, las inmunidades diplomáticas contribuyen a las relaciones amistosas entre las naciones promoviendo "el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados ..."⁴¹⁰.

La situación más representativa en la que se han discutido las inmunidades diplomáticas es el caso del **Personal Diplomático y Consular Estadounidense en Teherán**.⁴¹¹ Los Estados Unidos acusaron al gobierno iraní de la toma de su Embajada y Consulados en Irán y de haber mantenido ilegalmente al personal diplomático en calidad de rehén durante 444 días. La CIJ hizo referencia a la importancia de la codificación del derecho diplomático. Afirmó:

"Las obligaciones del gobierno iraní que aquí se debaten no son meramente contractuales (...) sino también obligaciones bajo el DI".⁴¹²

Por otra parte, hizo continua referencia al "carácter fundamental del principio de inviolabilidad".⁴¹³ En este caso el gobierno iraní fue responsabilizado por no haber prevenido y posteriormente aprobado las acciones de militantes musulmanes que invadieron la misión diplomática estadounidense en Teherán y tomaron al personal diplomático y consular como rehenes. Argentina ratificó la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas el 10/10/1963.

II. Aspectos legales generales de las relaciones diplomáticas

El art. 2 de la CVRD provee que "El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo." No existe un derecho a establecer legaciones en el DI, aunque todos los Estados poseen tal capacidad.

La esencia de las relaciones diplomáticas consiste en el ejercicio de funciones por parte del Estado acreditante en el territorio del Estado receptor, por delegación de éste. Este proceso se regula a través de los privilegios e inmunidades que se expresan de manera dual. Por una parte, la delegación

⁴⁰⁹ La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Viena, 18/04/1961, reúne al momento -11/09/2019- 192 ratificaciones. Ver https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iii-3&chapter=3&lang=en.

⁴¹⁰ Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, Preámbulo.

⁴¹¹ CIJ, Orden de 15/12/1979 y sentencia del 24/05/1980. ICJ Reports 1979, p. 19; ICJ Reports 1980, ps. 30-43.

⁴¹² ICJ Reports, 1980, p. 31, para. 62.

⁴¹³ ICJ Reports, 1980, p. 40.

diplomática posee inmunidad soberana que es una inmunidad reconocida *ratione materiae* y que se relaciona con los actos oficiales del Estado extranjero. Por otro lado, se presenta un aspecto más amplio relacionado con elementos funcionales de los privilegios e inmunidades del personal diplomático y sus pertenencias.

II.1. Misión diplomática y funciones

Según Remiro Brotóns, la misión diplomática "es un órgano periférico del Estado de carácter representativo, acreditado ante otro Estado con el fin primordial de asegurar relaciones permanentes entre ambos", mencionando entre las más frecuentes a la Embajada, Legación, Nunciatura o Alto Comisionado. Existen dos formas de entender una misión diplomática. Por un lado, representa el conjunto de agentes diplomáticos acreditados ante un gobierno extranjero. Por otra, es la institución establecida por un Estado en el territorio de otro para mantener relaciones diplomáticas en forma permanente. El art. 3 de la CVRD provee:

"1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

a. representar al Estado acreditante ante el Estado receptor; b. proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; c. negociar con el gobierno del Estado receptor; d. enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al gobierno del Estado acreditante; e. fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

2. Ninguna disposición de la presente Convención se interpretará de modo que impida el ejercicio de funciones consulares por la misión diplomática."

II.2. Personal, pertenencias y facilidades de la misión

En su art. 1, la CVRD divide al personal en las siguientes categorías:

- (i) personal diplomático, miembros de la misión que poseen rango diplomático como consejeros, secretarios diplomáticos o agregados;
- (ii) personal administrativo y técnico, como asistentes y archivistas;
- (iii) personal de servicio, como choferes, cocineros, referidos en la Convención como personal doméstico.

El agente diplomático es el jefe de la misión o un miembro del personal diplomático, y el jefe de misión es "la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal".

II.3. Jefe de misión

Es el agente diplomático de mayor rango en una misión en un momento dado, y que ha sido

debidamente acreditado como tal. Dirige la misión y por lo tanto es el más alto representante diplomático de un Estado ante otro.

El art. 4 provee:

“1. El Estado acreditante deberá asegurarse de que la persona que se proponga acreditar como jefe de la misión ante el Estado receptor ha obtenido el asentimiento de ese Estado.

2. El Estado receptor no está obligado a expresar al Estado acreditante los motivos de su negativa a otorgar el asentimiento.”

El Estado receptor posee el poder de controlar y rechazar al jefe propuesto en su rol de licenciante de la misión En el caso de un reemplazante temporal, no se necesita acuerdo (art. 19.1).

La puesta en funciones del jefe de misión la regula el art. 13:

“1. Se considerará que el jefe de misión ha asumido sus funciones en el Estado receptor desde el momento en que haya presentado sus cartas credenciales o en que haya comunicado su llegada y presentado copia de estilo de sus cartas credenciales al Ministerio de Relaciones Exteriores, o al Ministerio que se haya convenido, según la práctica en vigor en el Estado receptor, que deberá aplicarse de manera uniforme.

2. El orden de presentación de las cartas credenciales o de su copia de estilo se determinará por la fecha y hora de llegada del jefe de misión.”

La historia de la diplomacia registra importantes conflictos interestatales a fin de determinar cuál de sus representantes poseía precedencia y qué títulos debían poseer. Estos conflictos se solucionan en los Congresos de Viena de 1815 y de Aquisgrán de 1818 cuando las potencias europeas acuerdan reconocer cuatro categorías de jefes de misión. El art. 14 de la CVRD establece:

“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;

c. encargados de negocios acreditados ante los Ministros de Relaciones Exteriores.”

Esta distinción no conlleva la existencia de diferencias de rango. (art. 14.2). Dentro de cada clase, la precedencia viene dada por el tiempo en que comenzaron sus funciones (art. 13).

La finalización de las funciones puede suceder por decisión del propio Estado acreditante quien debe notificar al Estado receptor. También puede suceder como consecuencia de la voluntad del Estado receptor, conforme lo prevé el art. 9:

“1. El Estado receptor podrá, 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 retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión, según proceda. Toda persona podrá ser declarada non grata o no aceptable antes de su

llegada al territorio del Estado receptor.”

No es frecuente que se declare persona non grata a agentes diplomáticos. Los motivos más comunes en los últimos años han sido la intromisión en los asuntos internos del Estado receptor, la violación a disposiciones legales, el abuso de los privilegios e inmunidades, entre otras.

II.4. Inviolabilidad de la misión

Una consecuencia del establecimiento de la misión consiste en proteger el lugar donde la misma se asienta de cualquier interferencia. Viena recoge el derecho consuetudinario en su art. 22:

"1. Los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión.

2. El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

3. Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución."

Las eventuales situaciones de emergencia que pudieran dar lugar a la violación de esta regla consuetudinaria podrían estar dadas por una situación de peligro inminente, una amenaza a la paz, el abandono del lugar, o incluso el uso de la Embajada para actividades ilegales. No obstante la importancia de estos casos, Viena no los contempla, con lo cual se encuentran sujetos a los principios generales del derecho.

Algunos países han legislado el vacío. El Reino Unido ha dictado la *Diplomatic and Consular Premises Act* de 1987 por la cual las órdenes relativas al asiento de la misión se dejan a cargo del Ministro de Asuntos Exteriores.

En cuanto a los archivos, documentos y correspondencia oficial, Viena establece su absoluta inviolabilidad "siempre ... y dondequiera que se hallen" (arts. 24 y 27.2).

III. Asilo Diplomático

La CVRD no hace referencia al instituto del asilo diplomático, aunque su art. 41 menciona los "acuerdos especiales" a que hubiera lugar, dejando entonces abierta la puerta a los acuerdos bilaterales que permitan conceder asilo a refugiados políticos dentro de la misión.

El instituto del asilo fue deliberadamente omitido en los trabajos preparatorios de la Comisión de DI, en función de la imposibilidad de probar si existe un derecho de asilo reconocido por el DI general.

En cambio, sí puede considerarse al asilo como una costumbre regional de América Latina, en virtud de la Convención de La Habana sobre Asilo de 1928 y la Convención de Montevideo sobre Asilo Político de 1933, la Convención Interamericana sobre Asilo Diplomático de 1954 y la jurisprudencia entre la que destaca el caso Haya de la Torre.⁴¹⁴

IV. Inviolabilidad de los agentes diplomáticos

La inviolabilidad es el más antiguo e importante privilegio diplomático. La persona del agente, los miembros de su familia, su residencia, sus bienes y su correspondencia se encuentran exentos de cualquier acto o medida de coacción por parte del gobierno del Estado receptor, el cual tiene el deber de asegurar su integridad personal y libertad de acción. El art. 29 de la CVRD provee:

"La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad".

Esta inviolabilidad es distinta de la inmunidad de jurisdicción criminal. Como en el caso de la inviolabilidad de los locales de la misión, no se hace expresa reserva de situaciones de emergencia como sería por ejemplo, un diplomático extranjero ebrio y armado en un lugar público.

El art. 30 dice:

*"1. La residencia particular del agente diplomático goza de la misma inviolabilidad y protección que los locales de la misión.
2. Sus documentos, su correspondencia y, salvo lo previsto en el párrafo 3 del art. 31, sus bienes, gozarán igualmente de inviolabilidad."*

No obstante, no existe inmunidad jurisdiccional cuando se trata de una acción real sobre bienes inmuebles.⁴¹⁵

V. Inmunidades individuales

Los agentes diplomáticos gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales domésticos, aun cuando estén sometidos al cumplimiento de la ley local. El art. 41.1 estipula "Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor". Esta inmunidad puede ser renunciada por el Estado que lo envía.

En relación con la inmunidad de jurisdicción penal, el art. 31.1 provee que:

"1. El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor", recogiendo una larga tradición del DI consuetudinario. Un diplomático que se encuentre en esta situación puede ser

⁴¹⁴) Ver CIJ, Caso del Asilo, 13/06/1951. Ver también la decisión del Comité de Derechos Humanos en Almeida de Quinteros y Quinteros Almeida v. Uruguay, ILR 79, p. 168.

⁴¹⁵) Cod. Civil argentino, art. 10.

declarado persona no grata.

Respecto de la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, el art. 31.1 la confiere, salvo que se trate de:

"a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario;

c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales".

En todos los casos de inmunidad mencionados, el Estado extranjero puede renunciar a la misma (Art. 32 CVRD). La renuncia debe ser expresa (art. 32.2) aunque en ciertos casos se acepta la renuncia tácita (art. 32.3).

La renuncia a la inmunidad de jurisdicción no supone renuncia a la inmunidad de ejecución.

En Consorcio c. Itzcovich Griot⁴¹⁶, se discute la deuda de expensas del sr. Itzcovich con el consorcio del edificio donde el ejecutado poseía un departamento. La demandada alega ser el único cónsul honorario de Barbados en Argentina, invocando consecuentemente, su inmunidad de jurisdicción, la competencia originaria de la CSJN y la aplicación de la CVRC.

La CSJN entendiendo que:

"(...) el presente juicio ejecutivo resulta ajeno a la competencia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional, pues se vincula a la relación jurídica que mantienen el consorcio ejecutante y el señor Itzcovich Griot en el marco del régimen de propiedad horizontal de la ley 13.512, y se refiere a actos privados del cónsul, desarrollados al margen de sus funciones oficiales".⁴¹⁷

Afirma también que la adquisición de la propiedad mal puede concluirse que constituya un acto ejecutado en el ejercicio de las funciones consulares ni tampoco realizó tal operación en carácter de agente del estado habilitante (CVRC, art. 43). En consecuencia, la CSJN declara su incompetencia para entender en forma originaria y ordena devolver las actuaciones al juzgado de primera instancia a efectos de continuar con el trámite.

VI. Otro personal alcanzado por las inmunidades

La inmunidad del personal diplomático alcanza a su familia, miembros del personal administrativo

⁴¹⁶) CSJN, Consorcio de Avenida Córdoba 1301/15 c/ Itzcovich Griot, Emilio René s/ ejecución de expensas. C. 1246. XLV. Originario. 15/03/2011.

⁴¹⁷) Idem, considerando 4.

y técnico, personal de servicio y criados particulares de los miembros de la misión, en todos los casos, siempre que éstos no sean nacionales del Estado receptor. (art. 37 CVRD).

En **Banamran E. s. averiguación hurto**⁴¹⁸, se investigaba la posible comisión de hurto por parte del Tercer Secretario de la Embajada del Reino de Marruecos. La CSJN mantiene su competencia originaria, aunque delega en el juez federal previniente la instrucción del sumario a fin que practicara las diligencias de prueba pendientes de realización, aunque con el mandato de abstenerse de recibir declaración.

VII. Inmunidad de jurisdicción por actos oficiales

En el caso de actos oficiales la inmunidad es permanente y ultra-activa, desde que es la del mismo Estado acreditante. Respecto de los actos privados la inmunidad es contingente y suplementaria y concluye cuando el individuo en cuestión termina su trabajo. El art. 39.2 refiere:

“2. Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aún en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión”.

Las inmunidades y privilegios referidos comienzan desde el momento en que ingresan en el territorio del Estado receptor, o en caso de encontrarse en el mismo y ser luego nombrados, desde que tal nombramiento haya sido comunicado al ministerio local. Las inmunidades y privilegios cesan al abandonar el territorio al finalizar la misión o bien, al concluir el plazo razonable que le haya sido concedido para salir de él, o desde que la misión comunica al Estado acreditante que la persona ha dejado de pertenecer a la representación.

La inviolabilidad se mantiene aún en caso de ruptura de relaciones diplomáticas, declaración de guerra cualquier otra situación que implique una anormalidad en las relaciones entre ambos Estados.

VIII. Relaciones Consulares

En principio, los cónsules se diferencian de los agentes diplomáticos tanto en sus funciones como en su estatus legal. Las funciones consulares varían ampliamente e incluyen la protección de los intereses del Estado acreditante y sus nacionales, el desarrollo de relaciones económicas y culturales, la emisión de pasaportes y visas, la administración de la propiedad de los nacionales del estado acreditante, registro de nacimientos, defunciones, casamientos y la supervisión de barcos y aeronaves atribuidos al Estado acreditante.

⁴¹⁸ CSJN, Benamran, El Bachir s/ averiguación hurto. B. 796. XLVI. Originario Penal. 04/10/2011.

El Estado receptor debe brindar protección especial a los agentes consulares y sus pertenencias. Los locales consulares no gozan de inviolabilidad por parte del Estado receptor. Los archivos consulares y documentos son inviolables y los miembros consulares son inmunes respecto de la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas de Estado receptor en relación con aquellos actos relativos a las funciones consulares, aspecto que deriva de la inmunidad estatal.

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares -CVRC- recoge la práctica uniforme evidenciada por una extensa cantidad de tratados bilaterales que fueron finalmente resumidos por la CDI en el borrador de lo que luego sería la Convención firmada en 1963.⁴¹⁹ También Viena incluye elementos de desarrollo de la ley existente, entre los que destacan el status de cónsules de carrera, como opuestos a los cónsules honorarios, y cercano al de los agentes diplomáticos. El art. 41 provee una extensión significativa de la protección y la inmunidad individual:

“1. Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva sino cuando se trate de un delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente.

2. Excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, los funcionarios consulares no podrán ser detenidos ni sometidos a ninguna otra forma de limitación de su libertad personal, sino en virtud de sentencia firme.

3. Cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes. Sin embargo, las diligencias se practicarán con la deferencia debida al funcionario consular en razón de su posición oficial y, excepto en el caso previsto en el párrafo 1 de este artículo, de manera que perturbe lo menos posible el ejercicio de las funciones consulares. Cuando en las circunstancias previstas en el párrafo 1 de este artículo sea necesario detener a un funcionario consular, el correspondiente procedimiento contra él deberá iniciarse sin la menor dilación.”

El incumplimiento de los estándares mencionados precedentemente originó un importante conflicto diplomático en 2013 entre dos importantes países.

El caso **Devyani Khobragade** suscitó una escalada diplomática relevante entre Estados Unidos e India. Hacia fines de Junio de 2013 desaparece la señora Sangeeta Richard quien se desempeñaba como empleada doméstica en la casa de la sra. Khobragade, cónsul de la República de la India en Nueva York. Su empleadora realiza la denuncia a la policía Neoyorquina. En Julio la India revoca el pasaporte de la señora Richard bajo el argumento que la misma se encuentra en Estados Unidos de manera ilegal. Al mismo tiempo la cónsul India la acusa de robo e intento de chantaje. En septiembre del mismo año, el Departamento de Estado solicita a la Embajada de la India información sobre las alegaciones realizadas por la Sra. Richard -quien había aparecido- respecto de

⁴¹⁹) En vigencia desde el 19/03/1967. Texto 596 UNTS 261 (1963).

su situación laboral en la casa de la cónsul En octubre la Embajada de India responde al Departamento de Estado explicando los hechos del caso y acusando a la sra. Richard de intentar violar las leyes Norteamericanas e Indias. En Noviembre una corte de Delhi emite una orden de arresto contra Richard.

Finalmente el 12/12/2013, la cónsul India es arrestada en Nueva York, esposada y llevada ante la Corte de Distrito, la cual decide liberarla bajo una fianza de US\$ 250,000. Los cargos en su contra consisten en sospecha de fraude para la obtención de visas y realizar falsas declaraciones juradas, acusándosela de pagar menos del salario mínimo fijado en EEUU a su empleada Richard.

India solicitó una inmediata declaración de disculpas a Estados Unidos por lo que considera un trato humillante sufrido por la cónsul, pedido que no obtuvo respuesta, ante lo cual amenaza con tomar represalias respecto de las declaraciones de impuestos de todos los diplomáticos y nacionales Norteamericanos en India.

El número de ratificaciones alcanzado por la CVRC (180 en 2019)⁴²⁰ habilita a considerar que sus provisiones evidencian la existencia de una costumbre internacional conforme los requisitos provistos en el art. 38 del estatuto de la CIJ. Así lo declaró la CIJ en el caso relativo al **personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán**, donde opinó que las obligaciones violadas por Irán se correspondían con el DI general y no solamente con obligaciones contractuales establecida en la CVRC.⁴²¹

Debemos mencionar la existencia de la Convención Panamericana de Agentes Consulares de 1928 y la Convención Europea sobre Funciones Consulares de 1967.

En cuanto a las diferencias entre las inmunidades diplomáticas y las consulares, la inmunidad penal de los agentes diplomáticos es absoluta, en tanto los agentes consulares sólo poseen inmunidad penal por aquellos actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones consulares.

⁴²⁰) United Nations Treaty Collection, Septiembre de 2019. En internet https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-6&chapter=3&clang=en .

⁴²¹) ICJ Reports (1979), p. 31, para. 62.

Sección Cuarta: Privilegios e Inmidades de Organizaciones Internacionales

I. Introducción

La cuestión a elucidar aquí es si las organizaciones internacionales gozan de igual reconocimiento que los Estados en cuanto a la inmunidad de jurisdicción y/o ejecución. Si la respuesta es positiva, sólo resta aplicar las normas ya existentes. Veamos.

En primer lugar, en cuanto a su calidad de sujetos del DI, las organizaciones internacionales poseen subjetividad internacional aunque no en el mismo grado que los Estados.⁴²² Verdross opina simplemente que son sujetos en tanto el tratado fundacional les confiera tal calidad.⁴²³ Además de las organizaciones inter-gubernamentales, cobran hoy especial importancia las organizaciones supra-estatales. En cuanto a su subjetividad, remitimos al capítulo pertinente en esta obra.

Existen en ambos tipos de organizaciones, procedimientos judiciales reglados que habilitan tanto la revisión de actos decididos por el ente y que afectan a sus empleados. También los actos de los Estados miembros vis-a-vis la organización internacional pueden ser revisados mediante procedimientos internos, siempre en forma independiente de las jurisdicciones domésticas.⁴²⁴

En segundo lugar, ante la carencia de fuentes consuetudinarias o convencionales genéricas de carácter universal, que determinen un estándar en relación con los privilegios e inmidades de los que goza una organización internacional, éstos deberán buscarse:

- (i) en sus propios instrumentos constitutivos ratificados por los Estados que las crean;
- (ii) en tratados especiales aplicables a organizaciones en particular;
- (iii) en los acuerdos de sede con el Estado anfitrión; y
- (iv) en el derecho doméstico.

II. Instrumentos constitutivos y tratados especiales

La fuente primaria en este punto resulta ser el DI convencional.

La Carta ONU refiere en forma genérica los privilegios e inmidades de la organización.⁴²⁵ Menciona que la organización y sus representantes gozarán, en el territorio de cada uno de sus

⁴²²) Ver Kelsen H., Principios de Derecho internacional, 1959, p. 173; Lauterpacht H., Règles générales du droit de la paix, ADI, 1947, ps. 438 y ss; Scharzenberger G., International Law 1957, ps. 137 y ss; Friedmann y Pugh, eds., La nueva estructura del DI, México, 1967, ps. 262-6; entre otros.

⁴²³) Verdross Alfred, Derecho Internacional Público, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976, p. 187.

⁴²⁴) Malanczuk Peter, Akehurst's Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 95. Ver además, Schermers Henry G., "International Organizations, legal remedies against acts of organs", EPIL II, 1995, ps. 1318-20.

⁴²⁵) Carta de Naciones Unidas, arts. 104 y 105 y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 19. En el ámbito Americano, la Carta de la OEA repite esta cuestión en los arts. 132 a 135.

Miembros, los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos y funciones, dejando el tema en manos de la AG ONU a fin que ésta proponga normas específicas. En ejecución de este mandato, en 1946 se aprueba la "Convención General sobre Prerrogativas e Inmunidades de Naciones Unidas"⁴²⁶ complementado luego con el Acuerdo de Sede entre la Organización y los Estados Unidos.⁴²⁷

Los organismos especializados dentro del sistema ONU encuentran una norma específica respecto de la inmunidad en la "Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de los Organismos Especializados"⁴²⁸, que la AG ONU somete en 1947 a la aceptación de los organismos especializados y a la adhesión de los Estados miembros. El art. 2 de esta Convención brinda personalidad jurídica a los organismos especializados y consecuentemente la posibilidad de actuar en justicia, para afirmar inmediatamente su inmunidad de jurisdicción y ejecución (art. 3). Se afirma el derecho y el deber de renunciar a la inmunidad toda vez que ésta impida el curso de la justicia y al mismo tiempo tal sometimiento no perjudique los intereses del organismo especializado (art. 6, sec. 22). Argentina aprueba esta Convención mediante el decreto-ley 7672/63.

En 1975 se firma la "Convención de Viena sobre la Representación de Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales de carácter universal", la cual ha sido criticada por no proteger convenientemente los intereses del Estado anfitrión, circunstancia que explica tal vez el escaso número de Estados ratificantes.⁴²⁹ Argentina es Estado firmante y la ha ratificado. La misma reconoce inmunidad de jurisdicción para los agentes del Estado que envía, siendo esta inmunidad absoluta en causas penales y relativa en causas civiles y administrativas.

Las Naciones Unidas son el ejemplo más completo y acabado de organización internacional. La personalidad jurídica de la ONU fue reconocida inicialmente en la Opinión Consultiva de la CIJ sobre las **Reparaciones por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas**.⁴³⁰ Aquí la CIJ debió resolver si la Carta ONU otorgaba a la organización, la capacidad legal para reclamar una

⁴²⁶) Aprobada por la AG ONU, 13/02/1946. UN Treaty Series vol. 1, p. 15.

⁴²⁷) Firmado el 26/06/1947. UN Treaty Series vol. 11, p. 18. Este Convenio fue objeto de una opinión consultiva de la CIJ en la cuestión de la OLP y su Misión de Observación (1988).

⁴²⁸) Aprobada por la Conferencia General el 06/12/1946 y por la AG de las Naciones Unidas el 14/12/1946. Finalmente la AG ONU aprueba la Convención por Resolución 179 (II) de 21/11/1947. UN Treaty Series vol. 3, p. 261.

⁴²⁹) Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character. Vienna, 14/03/1975. Doc. A/CONF.67/16. Aún no ha entrado en vigor. Su art. 89 requiere 35 ratificaciones. A septiembre de 2019 contaba con 34 Estados partes. Véase Documentos oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales, vol. II - No. S.75V.12. La CDI y su obra, Publicación de las Naciones Unidas, S.04.V.6, Nueva York, 2004, ps. 136 y ss.

⁴³⁰) CIJ, Opinión Consultiva, Reports 1949. Fallos <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>

reparación al Estado cuyos agentes habían asesinado a los empleados de la ONU. Afirmó la Corte:

"Los sujetos de derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en la extensión de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la Comunidad. (...)

En opinión de la Corte, la Organización fue pensada para ejercer y gozar, y en los hechos ejerce y goza, funciones y derechos que sólo pueden ser explicados sobre la base de la posesión de una extensa medida de personalidad internacional y la capacidad de operar en el plano internacional."⁴³¹

La utilidad de esta opinión fue que resolvió positivamente las dos cuestiones que le habían sido sometidas y otras de naturaleza similar que se fueron suscitando en cada intervención que la ONU protagonizó hasta el presente.⁴³² La Carta ONU obliga a cada Estado miembro a otorgar a la organización dentro de su respectivo territorio, la "capacidad jurídica que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones y el logro de sus propósitos".⁴³³ Sin embargo no existe en el articulado de la Carta, mención expresa alguna que brinde a la organización personalidad jurídica bajo el DI⁴³⁴, situación salvada por la opinión consultiva referida, y por la "Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las NNUU" que afirma:

"Las Naciones Unidas poseerán personalidad jurídica. Tendrán capacidad: (a) para contratar; (b) para adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles; (c) para entablar procesos legales."⁴³⁵

Esta capacidad procesal afirmada como criterio determinante de la personalidad de una organización internacional fue reconocida por la CIJ⁴³⁶ no sólo frente a los Estados miembros de la organización, sino también frente a aquellos que no lo son, e incluso respecto de otras organizaciones internacionales".⁴³⁷

En Mazilu, opinión consultiva de 1989 referida a la "Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las NNUU", se debatió el reemplazo decidido por el dictador rumano Ceaucescu del sr. Mazilu, relator especial del Comité de Derechos Humanos en Rumania, en tiempos en que Mazilu

⁴³¹) CIJ, Opinión Consultiva, Reports 1949, p. 174 y ss. Puede también consultarse la obra de Whiteman M., Digest of International Law 8, Washington D.C. US government Print. Off., 1967, p. 742.

⁴³²) Así por ejemplo, en 1991 fue encontrado el cuerpo sin vida del coronel Higgins que había sido secuestrado dos años antes en una operación de paz en el Líbano. En el mismo año, cinco observadores de la hoy Unión Europea fueron asesinados al ser derribado su helicóptero por la milicia Serbia en Croacia. En 1992 el Khmer Rouge liberó a 11 miembros de una operación de mantenimiento de la paz que habían estado secuestrados. En 1998 4 observadores fueron secuestrados en Georgia, entre varios otros episodios de igual naturaleza. En todos ellos se utilizó la decisión de la opinión consultiva referida al caso del conde Bernadotte. En 1994, la AG ONU aprobó la Resolución 49/59 que adopta la Convención sobre Seguridad del Personal de Naciones Unidas y asociados: varios Estados incorporaron como un delito doméstico las figuras previstas en la Convención.

⁴³³) Carta ONU, art. 104.

⁴³⁴) Si puede referirse por ejemplo el art. 43 de la Carta que faculta a la organización a celebrar ciertos tipos de tratados con Estados miembros, lo que indirectamente le reconoce personalidad en tanto no podría realizar tales actos si no gozara de algún tipo de personalidad.

⁴³⁵) Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, 1946, art. 1, 1.

⁴³⁶) Ver CIJ-ICJ The Reparation for Injuries case, Reports, 1949, p. 174. Ver igualmente el caso de la Interpretación del Acuerdo de 25 de Marzo de 1951 entre la OMS-WHO y Egipto, CIJ-ICJ Reports, 1980, ps. 73, 89-90.

⁴³⁷) Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, p. 684 y también August Ray, Public International Law, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, US, 1994, p. 93.

presentaba informes desfavorables sobre la situación. La ONU contesta a Rumania que el Estado no tiene facultades para nombrar relatores. Rumania replica que la insistencia de la ONU en mantener a Mazilu podía considerarse una intromisión en sus asuntos internos. En este punto, el Consejo Económico y Social con autorización de la AG, solicita una opinión consultiva a la CIJ, para que analice el Convenio y diga si Mazilu se hallaba amparado por la "Convención sobre privilegios e inmunidades", considerando que la figura del "Relator Especial" nace luego de aprobarse la Convención.

En su Opinión, la CIJ asimila la figura del relator especial a la de los peritos, reconociéndole iguales inmunidades y privilegios que la Convención otorga a éstos.

Un punto muy importante es establecido por el juez Oda, quien señala que las inmunidades y privilegios funcionan incluso en el territorio de la nacionalidad del relator en cuestión. La CIJ solicita a Rumania que permita asistir a Mazilu a la sesión del Comité de Derechos Humanos, pedido que luego cae en abstracto.⁴³⁸

III. Acuerdos de sede y el derecho doméstico

El derecho doméstico puede acordar los privilegios e inmunidades a las organizaciones internacionales que actúan en su jurisdicción. La ley argentina sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos⁴³⁹ prevé distintas situaciones de excepción al principio de inmunidad, aunque no contempla sujetos diferentes de los Estados. Tampoco Argentina ha legislado sobre el particular, situación que sí ocurre en Estados Unidos y el Reino Unido.⁴⁴⁰ Las eventuales inmunidades reconocidas a las organizaciones internacionales cobran especial importancia en ciertos países donde su número es importante. Tal el caso de Suiza, ya que en Ginebra cerca de 25.000 personas son empleadas por estas organizaciones, habiéndose denunciado que más del 60% de las mismas lo hacen a partir de contratos de corto término que son eventualmente renovados.⁴⁴¹

La carencia de normativa específica Argentina en relación con los privilegios e inmunidades reconocidos a organizaciones internacionales que actúan en su territorio, hace que primero deba repararse en el Acuerdo de Sede, y subsidiariamente, serán de aplicación las normas de inmunidad

⁴³⁸) Cuando llega la resolución de la CIJ se había producido la caída del gobierno de Chaucescu y Mazilu era vicepresidente del nuevo gobierno. Este es el único caso en que se invocó esta Convención. CIJ, Applicability of Article VI, Section 22 of the Convention on the Privileges and Immunities of the UN, 1989 ICJ Rep. 177, 29, ILM, 98, 1990. ICJ, 15/12/1989.

⁴³⁹) Ley 24488, Sancionada: 31/5/1985. Promulgada: 22/06/1995. Publicada: B.O. 28/06/1995. Veto del art. 3, Decreto 849, Fecha: 22/06/1995. Publicación: B.O. 28/06/1995.

⁴⁴⁰) Ver en EEUU la Ley sobre las Inmunidades de Organizaciones Internacionales ("IOIA"), 22 U.S.C. Para. 288 y ss. 1945. En el RU existe la Ley de Organizaciones Internacionales de 26/07/1968.

⁴⁴¹) Ver Centre for accountability of international organisations, el cual trabaja particularmente en cuestiones laborales en organizaciones internacionales. En internet <http://www.caio-ch.org/RuleofLaw.html>

existentes respecto de los Estados, en aquellas situaciones en las que una organización internacional sea demandada ante los tribunales locales. Así Travieso afirma que:

*"la inmunidad de la representación de una organización internacional contra todo tipo de proceso judicial o administrativo, salvo que se renuncie expresamente a ésta, tiene su fundamento en el acuerdo de sede específico celebrado entre la República Argentina y la organización internacional."*⁴⁴²

Conforme la jurisprudencia de la CSJN, la inmunidad prevista en el acuerdo constitutivo o de sede de la organización internacional será procedente siempre y cuando la organización internacional cuente con tribunales propios o jurisdicción arbitral o internacional, con garantías suficientes para administrar justicia en los posibles pleitos. Así lo decidió la CSJN en **Duhalde M. A. c. Organización Panamericana de la Salud**.⁴⁴³

Distintas organizaciones internacionales han celebrado acuerdos de sede con la República Argentina a fin de establecer una representación en el país. Travieso menciona los siguientes Acuerdos de Sede: (i) para la Secretaría del Tratado Antártico (ley 25.888); (ii) con la Corporación Andina de Fomento (ley 25.691); (iii) con la UNESCO (ley 24.982); a los que podemos agregar (iv) con la Corporación Técnica Mixta de Salto Grande (ley 21.756); (v) con la Comisión Administradora del Río de la Plata (ley 21.761), entre otros.⁴⁴⁴

⁴⁴²) Travieso, Juan Antonio, Derecho Internacional Público, Ed. Abeledo Perrot, 1a. ed., Buenos Aires, 2012, p. 449.

⁴⁴³) CSJN, Duhalde, Mario Alfredo c/ Organización Panamericana de la Salud -Organización Mundial de la Salud- Oficina Sanitaria Panamericana s/ accidente-ley 9688. D. 73. XXXIV. Sentencia de 31/08/1999. Considerandos 12, 13 y 14.

⁴⁴⁴) Travieso, Juan Antonio, Derecho Internacional Público, Ed. Abeledo Perrot, 1a. ed., Buenos Aires, 2012, pág 407. Ver allí demás normativa de cooperación con distintos Estados.

FOR AUTHOR USE ONLY

EL DERECHO DE LOS TRATADOS

“Sé menos curioso acerca de las personas y más curioso acerca de las ideas”.

Marie Curie

FOR AUTHOR USE ONLY

María Salomea Skłodowska-Curie (1867 - 1934), conocida internacionalmente como Marie Curie, fue una científica de origen polaco pero que vivió la mayor parte de su vida en Francia.

Debió estudiar “clandestinamente” en Polonia, en un tiempo en que a las mujeres les eran vedados los estudios universitarios. Por esto, se trasladó a París donde pudo acceder a la universidad. Como estudiante, subsistió con escasos recursos y continuos desmayos por el hambre.

Fue una auténtica pionera en el ámbito de la radiactividad, siendo la primera persona en ser galardonada con dos premios Nobel en dos especialidades distintas: Química y Física. Fue además la primera mujer en recibir el premio: su esposo se negó a aceptarlo si no se reconocía la importancia del trabajo de su esposa.

Luchó para imponer sus ideas en un mundo de hombres, concebido por y para hombres. Tuvo el mérito de ser la primera profesora en la Universidad de París, en una época donde el rol de las mujeres estaba relegado a trabajos de baja remuneración y tareas domésticas.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados

Gabriel RABA

I. Introducción y trabajos preparatorios

Adentramos en el tratamiento de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁴⁵, es hacerlo en una parte de la médula del DIPu, ya que esta histórica Convención es quizás la materialización misma de una parte importante de su espíritu. Es como el encuentro de lo que fue, con lo que es, y con lo que será. La quimera de la CDI de Naciones Unidas, fue convertir a la costumbre en letra. Lo consuetudinario en norma. Reglar la práctica. Y el lugar para esa alquimia, fue la Convención.

Muchos años de trabajo y numerosos juristas especializados tomaron parte en este trabajo que no fue sólo de codificación, sino también de desarrollo de distintos aspectos de nuestra ciencia. Y si bien esta Convención se aboca solamente a los tratados celebrados entre Estados, no podemos dejar de referir que fue complementada por otra Convención sobre tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales entre sí.

La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (CVDT en mas), es sin dudas, uno de los instrumentos indispensables de nuestra materia y para su análisis, nada mejor que comenzar por su génesis.

El primer período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados se celebró en el Palacio Imperial de Hofburg en Viena, del 26/03 al 24/05 de 1968⁴⁴⁶. El

⁴⁴⁵) Documento U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Viena, 23/05/1969, vigencia 27/01/1980.

⁴⁴⁶) La AG ONU, tras haber examinado el capítulo II del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18.º período de sesiones (A/6309/ Rev.1 Parte II), que contenía el texto definitivo de un proyecto de artículos, con comentarios, sobre el derecho de los tratados, decidió, por su resolución 2166 (XXI), de 5/12/1966, que debía convocarse a una conferencia internacional de plenipotenciarios para que examinase el derecho de los tratados e incorporase los resultados de su labor en una convención internacional y demás instrumentos que estimara pertinentes. En la misma resolución, la AG pedía al Secretario General que convocara el primer período de sesiones de la Conferencia a principios de 1968 y el segundo período de sesiones a principios de 1969. Posteriormente, por su

segundo período de sesiones de la Conferencia tuvo lugar del 9/04 al 22/05 de 1969. La AG ONU invitó a los organismos especializados y a las organizaciones intergubernamentales interesadas a que enviasen observadores a la Conferencia. Aceptaron esa invitación organismos especializados y organizaciones intergubernamentales interesadas tales como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, la UNESCO, la Organización de Aviación Civil Internacional, el Banco Mundial, la Asociación Internacional de Fomento, la Organización Mundial de la Salud, la Unión Postal Universal, la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental, el Organismo Internacional de Energía Atómica, el Consejo de Europa y la Liga de los Estados Árabes, entre otros.⁴⁴⁷ En su Res. 2166 (XXI), por la que convocaba a la Conferencia, la AG remitió a ésta, para que le sirviera de base en su examen del derecho de los tratados, el capítulo II del informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 18° período de sesiones⁴⁴⁸, en el que figuraba el texto definitivo del proyecto de artículos, con comentarios, sobre el derecho de los tratados, aprobado por la Comisión en dicho período de sesiones. La Conferencia dispuso de la siguiente documentación:

- (i) los documentos pertinentes de la AG y de la Comisión de Derecho Internacional relativos al derecho de los tratados;
- (ii) las observaciones y enmiendas relativas al texto definitivo del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados presentadas por los gobiernos en 1968, con anterioridad a la Conferencia, conforme a la resolución 2287 (XXII) de la AG⁴⁴⁹;
- (iii) las exposiciones escritas presentadas por organismos especializados y organizaciones intergubernamentales invitados a enviar observadores a la Conferencia⁴⁵⁰;
- (iv) una bibliografía seleccionada sobre el derecho de los tratados⁴⁵¹, una compilación analítica de los comentarios y observaciones hechos en 1966 y 1967 respecto del texto definitivo del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados⁴⁵², cláusulas finales modelo⁴⁵³, una guía al proyecto de

resolución 2287 (XXII), de 6/12/1967, la AG, tomando nota de que el Gobierno austriaco había formulado una invitación para que se celebraran en Viena ambos períodos de sesiones de la Conferencia, decidió que el primer período de sesiones se reuniese en Viena en marzo de 1968. El 24/05/1968, en su quinta sesión, que puso término a los trabajos del primer período de sesiones, la Conferencia aprobó una resolución en la que se pedía al Secretario General que adoptase todas las medidas necesarias para que la Conferencia celebrara su segundo período de sesiones en Viena del 9 de abril al 21/05/1969.

⁴⁴⁷) La Conferencia estableció la Mesa de la Conferencia, el Presidente de la Conferencia, y los Miembros de la Mesa (el Presidente y los Vicepresidentes de la Conferencia, el Presidente de la Comisión Plenaria y el Presidente del Comité de Redacción). El Secretario General de las Naciones Unidas estuvo representado por el Sr. C. A. Stavropoulos, Secretario General Adjunto, Asesor Jurídico. El Sr. A. P. Movchan, Director de la División de Codificación de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, ejerció las funciones de Secretario Ejecutivo.

⁴⁴⁸) Doc. A/6309/Rev.1, Parte II.

⁴⁴⁹) Doc. A/CONF.39/6 y Add.1 y 2.

⁴⁵⁰) (A/CONF.39/7 y Add.1 y 2 y Add.1/Corr.1)

⁴⁵¹) Doc. A/CONF.39/4

⁴⁵²) Doc. A/CONF.39/5, vols. I y II)

⁴⁵³) Doc. A/CONF.39/L.1)

artículos sobre el derecho de los tratados⁴⁵⁴ y otros documentos pertinentes preparados por la Secretaría de las Naciones Unidas.

La Conferencia encomendó a la Comisión Plenaria el examen del texto definitivo del proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados aprobado por la Comisión de Derecho Internacional y la preparación de las disposiciones finales y de cualesquiera otros instrumentos que considerara necesarios. El Comité de Redacción, además de las tareas relacionadas con la redacción y la coordinación y revisión de todos los textos adoptados, fue encargado por la Conferencia de preparar el preámbulo y el Acta Final. La Conferencia, basándose en los debates que constan en las actas de sus sesiones⁴⁵⁵ y en las actas⁴⁵⁶ y los informes⁴⁵⁷ de la Comisión Plenaria, elaboró la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁵⁸

II. La Convención

Esta Convención, fue elaborada como se refiere anteriormente por la conferencia internacional reunida en Viena, sobre la base de un proyecto preparado durante más de quince años de trabajo, por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Podemos afirmar, sin lugar a dudas, que su objetivo fue codificar el derecho internacional consuetudinario de los tratados y, además, desarrollarlo progresivamente.

La CVDT en cuanto tal, no posee efecto retroactivo, pues sólo es de aplicación a los tratados celebrados después de su entrada en vigor y no a los celebrados con anterioridad; todo ello sin perjuicio que pueda ser de aplicación cualquiera de las normas enunciadas en ella, a las que estén sometidos los tratados en virtud del derecho internacional, independientemente de la Convención propiamente dicha.

Cuando las Naciones Unidas se propusieron concretar la CVDT, previeron que era importante hacer valer los derechos que contiene, quizás ello es el motivo por el cual encontramos en ella lo que podríamos llamar, distintos artículos dispersos, con ello queremos señalar que no se encuentran en un capítulo que los contenga sistemáticamente, y encontramos que en ellos se establecen distintas acciones o distintos recursos para ser presentados ante juez o árbitro.

Esta convención fue suscrita en la ciudad de Viena, Austria, el 23/05/1969, habiendo entrado en vigor el 27/01/1980, después del trigésimo día de haberse depositado el trigésimo quinto

⁴⁵⁴) Doc. A/C.6/376)

⁴⁵⁵) Doc. A/CONF.39/SR.1 a SR.36)

⁴⁵⁶) Doc. A/CONF.39/C.1/SR.1 a SR. 105)

⁴⁵⁷) Doc. A/CONF.39/14, vols. I y II, y A/CONF.39/15 y Corr. 1 y Corr. 2)

⁴⁵⁸) AG ONU Doc. A/6&27/Mdo2 6 October 1967; A/CN. 4/183 15/11/1965; A/6827/Add.1 27/09/1967 y A/6827 31/08/1967.

instrumento de ratificación o adhesión. Este verdadero Tratado de Tratados, fue aprobado por 79 votos a favor, 19 abstenciones y un voto en contra, por parte de Francia.

II.1. Su importancia

Quizás la importancia fundamental de esta CVDT de 1969 la podemos encontrar en el hecho, por demás significativo, de que la mayoría de sus disposiciones codifican lo que hasta entonces era únicamente derecho consuetudinario.

Ya que no fue hasta la adopción de esta convención, que las reglas de derecho que se referían a los tratados internacionales estaban contenidas esencialmente dentro de la costumbre internacional, y era ya un pensamiento instalado desde hacía un tiempo, el hecho de haber visto la necesidad de codificar dichas reglas con objeto de poder sistematizarlas, confiriéndoles así también mayor certidumbre respecto a la norma consuetudinaria. Sirva como ejemplo que el derecho de los tratados fue objeto de un estudio, entre tantos otros, en el proyecto elaborado en el 1935 por la Harvard Law School, pero tanto ésta como otras, no eran sino intentos de codificación privada, sin valor alguno respecto a los Estados desde un punto de vista jurídico. Tanto en éste como en otros terrenos, la codificación debía presentarse con gran vigor, con un gran respaldo y con la necesidad que ello ocurriera dentro del marco de la organización de Naciones Unidas.

Desde la primera sesión de la Comisión de Derecho Internacional, esto es, cuando corría el año 1949, se tenía la decisión de incluir el derecho de los tratados entre las materias que debían ser codificadas. En esta primera sesión se nombró como relator especial al conocido jurista británico James Brierly, quien fuera sucedido por Sir Hersch Lauterpacht en 1952, y posteriormente por Sir Gerald Fitzmaurice (1955).

Por último, dicho cargo fue ejercido por Humphrey Waldock, durante los años 1962 a 1966, que fueron los años decisivos, en virtud de que los tres primeros informes de Waldock delinearon la fisonomía del proyecto de Convención, en tanto que en los tres sucesivos, se tomaron en cuenta todas y cada una de las observaciones formuladas por los gobiernos de los Estados, para corregir la redacción inicial.

Situándonos cronológicamente en la época de su preparación y de su sanción, resulta hoy verdaderamente atinado la intención de su último relator especial, Humphrey Waldock, en prever su adaptación no solo a los tiempos que corrían, sino a los venideros.

En este sentido advertimos, que en lo que podríamos denominar hoy como *Derecho Internacional Clásico*, encontramos como uno de sus rasgos característicos, que la comunidad internacional no tenía en aquel entonces pretensiones de universalidad. Sin embargo, entendía Waldock, y otros juristas de la época, que esos presupuestos estaban cambiando, por ello al momento de los trabajos

preparatorios, fue intención de los redactores, que las conferencias internacionales tendieran a la universalidad.

Pensemos solamente en la magnitud del hecho que las conferencias comienzan a adoptar los textos por mayoría de dos tercios, diferenciándose del criterio de unanimidad reinante hasta ese momento. Podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que la comunidad internacional se comenzaba a universalizar de una manera real⁴⁵⁹, y el instituto que quizás más claramente refleje este cambio de paradigma es el relativo a las reservas, instituto que será analizado oportunamente en el presente capítulo.

II.2. Estructura

Encontramos distintos institutos a lo largo de la CVDT, de los cuales desarrollaremos los más importantes, en cuanto a consecuencias jurídicas se refiere.

En cuanto a los mismos, se nos hace imposible comenzar su desarrollo sin hacer mención al concepto de tratado a partir de la [Convención de Viena](#) y según ésta lo define ([art. 2.1.a](#)).

Entiende Viena como tratado, a 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. Encontramos que luego de conocida y comprendida la definición, y antes de adentrarnos en su articulado, podríamos ensayar una serie de clasificaciones o categorizaciones de los tratados.

II.2.a. Tipos de Tratado. Así podemos encontrar que, en líneas generales podríamos desarrollar esta clasificación de la siguiente forma:

- (i) Los tratados bilaterales y los multilaterales: los bilaterales son los que se dan entre dos (2) sujetos internacionales, y los multilaterales entre tres (3) o más sujetos del derecho internacional.
- (ii) De estos se pueden distinguir los tratados generales, que son aquellos que por su naturaleza tienen vocación a la universalidad, y los tratados restringidos que son los que también por su naturaleza deben limitarse a un número determinado de Estados.
- (iii) Encontramos también tratados abiertos y cerrados: los tratados cerrados se celebran únicamente por las partes contratantes, sin permitir la adhesión de otro estado. Los abiertos son aquellos que si permiten la adhesión de otros Estados.
- (iv) Otra clasificación de los tratados la encontramos cuando la convención distingue entre tratado normativo y tratado contrato.

Se entiende por tratado normativo o tratado ley, a aquellos que expresan una voluntad común, que

⁴⁵⁹) Introduction au Droit des Traités, Reuters, Paris, 1972, pág. 88 y 89.

se expresa en normas generales, un buen ejemplo de ellos lo constituye la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Mientras que se entiende por tratados contrato a aquellos que expresan la voluntad de una parte, que es distinta pero complementaria de la voluntad de la otra. En cuanto a este tipo de contrato, Kelsen refería que en ambos casos nos encontrábamos ante una voluntad común. En los primeros, en los tratados normativos, esta voluntad va encaminada en un sentido común. En cambio, en los tratados contrato, la distinta voluntad de cada una de las partes, es complementaria de la otra.

Podemos agregar que, según la materia de objeto del tratado, los hay de carácter político, económico, cultural, humanitario, entre otros.

II.2.b. Forma de los Tratados. Los tratados pueden ser *celebrados en buena y debida forma*, o en forma *simplificada*. Se utiliza esta denominación cuando son llevados a cabo mediante todos los pasos correspondientes, sucede cuando son atravesadas todas las esclusas que deben contener, es ahí cuando nos encontramos frente a tratados celebrados bajo lo que se conoce como la fórmula de “buena y debida forma”.

Entonces podemos observar cómo los mismos han atravesado su etapa de negociación, de adopción del texto y de autenticación del texto, para luego pasar a la etapa de manifestación de la voluntad de obligarse mediante la firma y la ratificación del mismo.

(i) Negociación

Entendemos por negociación, por la etapa que consiste en la presentación de propuestas y contrapropuestas por parte de los representantes de los estados, que son debatidas por las diferentes delegaciones, que las pueden aceptar, rechazar o procurar enmendarlas o modificarlas. Estas propuestas son presentadas y se desarrollan en conversaciones directas entre los representantes de los Estados, interviniendo generalmente los servicios técnicos-administrativos o diplomáticos en la preparación del texto. Esta fase de la negociación culmina con la adopción y la autenticación del texto, que son los actos que acreditan que el texto adoptado es el convenido, pero lo cual no lo convierte en obligatorio aún para los Estados.

Es indispensable para estas fases de la creación de un tratado, lo que se conoce como el otorgamiento de plenos poderes. Con esto se entiende cuando se otorga, y se presenta, un documento que emana de la autoridad competente de un Estado, por el cual se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.

(ii) Adopción del texto

Cuando las partes han manifestado su opinión con relación a un determinado texto, y que el mismo refleja lo negociado, por lo tanto, y como su consecuencia lógica, se desprende que el mismo no será objeto de próximas modificaciones, es cuando se puede afirmar que ese texto ha sido adoptado. El propio [art. 9](#) de la CVDT, establece que la adopción del texto pueda producirse por los dos tercios de los miembros presentes y votantes. Con la salvedad que, la misma conferencia haya estipulado, por la misma mayoría, la aplicación de una regla distinta.

(iii) Autenticación del texto

Una vez que el texto ha sido adoptado, su autenticación se puede llevar a cabo mediante la firma, en sus diversas formas (firma, ad referendum, firma de representantes), o también, en el acta final de la conferencia correspondiente, así lo establece el [art. 10 \(2\)](#) de la propia Convención.

Pero como la autenticación no es ni más ni menos que la prueba formal de la adopción de un texto, si el propio texto adoptado o si la misma conferencia previera otro medio o forma de autenticación, éste tendrá preeminencia sobre la regla antes descrita, según lo establece el propio [art. 10 \(1\)](#).

(iv) En Forma Simplificada

Son aquellos tratados celebrados sin cumplir con las formalidades mencionadas anteriormente, y generalmente se debe a la cantidad de sujetos que intervienen en él mismo, generalmente un número reducido.

Habitualmente esta forma de celebración de tratados se da en acuerdos bilaterales, en donde ambas partes conocen de antemano la materia sobre la cual regirá, por lo que se suele llevar a cabo un simple intercambio de instrumentos, los que una vez recibidos y, eventualmente corregidos, es firmado y o ratificado, según corresponda.

II.2.c. Manifestación del consentimiento. Cumplidas las formalidades en cuanto al texto, los estados deberán manifestar su voluntad de obligarse, ya que, hasta este momento, el texto antes descrito no los obliga a nada.

Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado ([art.11](#)) podrá ser mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier forma que se hubiese convenido.

(i) Canje de Instrumentos

Puede existir el consentimiento en obligarse por un tratado, manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado.

El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante el canje cuando:

- a) los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o

b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

(ii) Firma

También podemos encontrar el consentimiento en obligarse por un tratado, manifestado mediante la firma de su representante ([art. 12.1](#)):

- a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o
- c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación.

No podemos dejar de hacer especial mención, a la obligación fundamental que tienen los Estados firmantes, que es la de abstenerse de realizar cualquier acto que pueda frustrar el objeto y fin del tratado de que se trate, según lo deja claramente expresado el [art. 18](#).

(iii) Adhesión

Asimismo, podemos encontrar el consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión, según lo establece el [art. 15](#).

El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión;

- a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o
- c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.

Encontramos que también el consentimiento en obligarse por un tratado puede manifestarse mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación.

(iv) El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la ratificación ([art. 14](#)):

- a) cuando un tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;
- b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación;
- c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o
- d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante, o bien se haya manifestado durante la misma negociación.

III. Las Reservas

Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Las reservas son tratadas en la CVDT en los [arts. 19 al 23](#), y la tendencia en éste instituto, es la que fuera instaurada por lo que se conoce como la "regla interamericana". Así encontramos que, una reserva puede ser interpuesta por un Estado al momento de firmar, ratificar, aprobar o adherir a un tratado determinado, salvo que la reserva esté prohibida en el mismo Tratado, o éste solo permita determinados tipos de reserva, distintos a la reserva presentada, o bien que la misma no sea compatible, con el objeto y fin de la Convención de que se trate.

La reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado autor de la reserva al manifestar su consentimiento en obligarse por el tratado. En tal caso se considerará que la reserva ha sido hecha en la fecha de su confirmación. El retiro de la misma o de una objeción a una reserva habrá que formularse por escrito.

La Convención de Viena es muy amplia o flexible en esta materia, ya que basta con que un solo Estado contratante acepte la reserva para el Estado reservante forme parte en el Tratado con relación al aceptante. A contrario sensu, si algún Estado no quiere que el Tratado tenga vigencia con el Estado reservante, debe indicarlo expresamente, ya que no basta con su silencio. Es decir, no basta con objetar la reserva presentada por el reservante, debe además manifestar su intención de que el Tratado no rija entre dicho Estado y el reservante ([art. 20. 4](#)).

III.1. Subsistemas y Aceptaciones Atípicas de una Reserva

Los subsistemas que nacen de una reserva aceptada por, al menos, uno de los Estados miembros del Tratado, son los siguientes:

- (i) El Tratado rige entre el reservante y el o los Estados que aceptan la reserva, con la modificación o salvedad que introduce la reserva.
- (ii) También rige entre el reservante y aquel o aquellos Estados que, aún habiendo objetado la reserva, no han manifestado su intención de que el tratado no rija entre ellos y el Estado reservante; con la salvedad que las disposiciones contenidas en la reserva no sean de aplicación entre ellos.
- (iii) No regirá el tratado entre el Estado reservante y los Estados que no aceptan la reserva, siempre y cuando estos Estados expresamente manifiesten su intención de que el tratado no rija entre ellos.
- (iv) En cuanto a las aceptaciones atípicas de una reserva, encontramos que existen casos singulares

en cuanto a la aceptación de las reservas, uno de ellos es el del [art. 20.2](#) de la CVDT, (Capítulo de la Aceptación y Objeción de las Reservas), cuando se plantea la situación que debido al número reducido de Estados negociadores y del objeto y del fin del tratado, y 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, en éste caso una reserva exigirá la aceptación de todas las partes, la aceptación unánime de la reserva.

Y en este mismo sentido, otro caso atípico lo encontramos en el numeral siguiente, ya que el [art. 20.3](#) nos presenta la situación cuando el tratado de que se trate sea el instrumento constitutivo de una organización internacional. En este caso, y siempre con la salvedad que el mismo tratado disponga lo contrario, una reserva exigirá la aceptación del órgano competente de la organización.

IV. Entrada en vigor de un Tratado ([art.24](#))

Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado.

Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, este entrará en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa.

Las disposiciones de un tratado que regulen la autenticidad de su texto, la constancia del consentimiento de los Estados en obligarse por el tratado, la manera o la fecha de su entrada en vigor, las reservas, las funciones del depositario y otras cuestiones que se susciten necesariamente antes de la entrada en vigor del tratado se aplicarán desde el momento de la adopción de su texto.

V. Aplicación provisional ([art. 25](#))

Un tratado o una parte de él se aplicarán provisionalmente antes de su entrada en vigor:

- (i) si el propio tratado así lo dispone: o
- (ii) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.

VI. La nulidad

Hablar de nulidad de un tratado supone la existencia de un vicio del consentimiento, que puede acarrear la nulidad absoluta o la nulidad relativa de un tratado.

Pero nos es imposible continuar referimos al tema de las nulidades, sin antes detenernos en lo que conocemos como la Teoría del Stoppel o Preclusión.

Esta teoría, es la referida como la pérdida del derecho de alegar una causa de nulidad, terminación, retiro o suspensión de la aplicación de un tratado, contenido en el [art. 45](#) de la CVDT.

Éste artículo establece que un Estado no podrá pedir, entre otras, la nulidad del tratado si, después de haber tenido conocimiento de los hechos, “ha convenido expresamente en que el tratado es válido, permanece en vigor o continua en aplicación según el caso o si se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del tratado o a su continuación en vigor o en aplicación, según el caso”.

Esto es de aplicación para los casos de nulidad relativa comprendidos en los arts. [46 a 50](#) y [60 y 62](#), según lo deja establecido la propia Convención.

Ahora bien, hechas estas aclaraciones nos encontramos en condición de adentrarnos en el tema, y por ello decimos que de acuerdo a la CVDT de 1969 el tema de los vicios del consentimiento y sus nulidades puede representarse de la siguiente forma:

VI.1. Vicios formales

(i) La falta de capacidad del órgano del Estado que actuó, violando una disposición de su derecho interno en cuanto a la competencia para celebrar tratados, establecido en el [art. 46](#) de la CVDT, es sin lugar a dudas, una norma de carácter excepcional. Primariamente podemos observar que no cumple con la regla de prevalencia del derecho internacional por sobre el derecho interno de los Estados.

Algunos juristas afirman que se ha rodeado su aplicación de numerosas precauciones, desde su redacción en negativo del [art. 46.1](#), hasta la definición de violación manifiesta del [art. 46.2](#). Por ello, y más allá de las distintas interpretaciones jurisprudenciales al respecto, podemos decir que prevaleció la corriente que establece que solo hay nulidad, cuando la violación de normas internas es de tal carácter que cualquier Estado de buena fe, sería incapaz de ignorarlas. Para otros, se buscó una solución de compromiso. El Derecho Internacional prima sobre el Derecho interno de los Estados, salvo cuando la violación de este último sea manifiesta. El uso del término “manifiesta” supone dar entrada al elemento subjetivo en la interpretación del tratado porque se va a la intención. Podríamos aquí establecer una relación con el [art. 27](#) que da primacía al Derecho Internacional en cumplimiento de la regla “*pacta sunt servanda*”, con la salvedad del [art. 46](#) que está redactado en

forma negativa para enfatizar el carácter excepcional de la norma.

(ii) En cuanto a la restricción de los poderes del representante, observamos que el [art. 47](#) opera con buena lógica, a favor de la seguridad jurídica, disponiendo que la restricción o limitación de los poderes debe ser notificada con anterioridad. Respecto de la nulidad relativa, tocante estos dos artículos, encontramos que el Estado perjudicado puede alegarlo, pero debe probarlo. Si el error fue mutuo, las partes lo modifican. Pero para la nulidad relativa no basta con alegarla, para desligarse del tratado, además hay que probarla.

VI.2. Vicios sustanciales

(i) El [art. 48](#) se refiere el *error de hecho* y no de derecho. Error respecto de un hecho o situación “*cuya existencia diera por supuesta ese Estado en el momento de la celebración del tratado y constituyera una base esencial de su consentimiento en obligarse por el tratado*”.

Casi todos los casos conocidos son errores geográficos o cartográficos, sirva como ejemplo el caso del **Templo de Preah Vihear**⁴⁶⁰, entre Camboya y Tailandia, del 15 de junio de 1962.

(ii) El [art. 49](#) trata la figura del *Dolo*. Hablar de dolo, significa hablar de conducta fraudulenta de un Estado que induce al otro a obligarse por el tratado. Debemos decir que acorde con los tiempos que corren, es difícil encontrar hoy por hoy, situaciones de este tipo. En la actualidad, debido al avance de la tecnología en toda su dimensión, y con las actuales tecnologías de acceso a la información, y a la velocidad que se trasmite la información, debemos admitir que, en nuestros tiempos, es una cuestión difícil encontrar casos que corroboren esta figura.

(iii) En cuanto a la *Corrupción del Representante de un Estado*, y más allá de lo que establece el [art. 50](#) de la CVDT, de las conclusiones de la CDI se desprende que se trata de actos concebidos con el propósito de ejercer una influencia fundamental en el representante para concertar el tratado.

Se asemeja al dolo, en cuanto a “conducta fraudulenta”, pero debe ser efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, por lo que los sobornos provenientes de otras fuentes no reciben sanción.

(iv) El [art. 51](#) establece la *Coacción sobre el Representante de un Estado*. Esto es, actos o amenazas, coacción física o mental en su persona o asuntos de su interés para inducirlo a firmar. Podríamos citar como ejemplo de ello, el del Presidente Hacha, en Checoslovaquia, en 1939, o la Dieta Polaca en 1773.

(v) Encontramos en el [art. 52](#) de la Convención que en él trata la *Coacción sobre un Estado por la Amenaza o el Uso de la Fuerza*, esta conducta es violatoria de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de la ONU, específicamente tratados en el corolario del [art.](#)

⁴⁶⁰) En internet <https://www.dipublico.org/cij>.

[2.2](#) de la Carta ONU.

VI.3. Consecuencias

Las consecuencias de la nulidad de un tratado las encontramos en el [art. 69](#).

Y aun a riesgo de sonar redundante, debemos decir que el principal efecto de la nulidad en materia de tratados, es la de invalidar sus disposiciones “ab-initio”, ya que toda parte puede solicitar a la otra que en la medida de lo posible restablezca la situación como si el tratado no se hubiera aplicado ([art. 69.2](#)).

Para los actos ejecutados de buena fe antes que se haya alegado la nulidad, la convención dispone que no resultaran ilícitos por el solo hecho de la nulidad, con excepción de los casos de dolo, corrupción del representante de un estado, coacción sobre el representante de un Estado y coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza en que no se aplicará para los Estados que sean imputados de esos vicios.

VII. Interpretación de los Tratados ([arts. 31 a 33](#))

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin ([art.31](#)).

Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- (i) a todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- (ii) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

VIII. Terminación de un Tratado

Veremos en primer lugar las causas previstas explícitamente en la CV, en segundo lugar las causas

excluidas explícitamente en la CV, y en tercer lugar otras circunstancias que se han planteado en la práctica como posibles causas de terminación no previstas en la CV.

VIII.1. Circunstancias contempladas en la CVDT como causas de terminación

(i) Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes ([art. 54](#)). La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado. b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes.

(ii) Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro ([art. 56](#)). 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 que:

-conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro;

-que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

Una parte deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él, siempre que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

(iii) Terminación de un tratado como consecuencia de la celebración de un tratado posterior ([art. 59](#)). Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y:

-se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o

-las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las

del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

(iv) Terminación de un tratado como consecuencia de su violación ([art. 60](#)). Se entiende por violación grave bien un rechazo del tratado no admitido por la Convención o bien la violación de una disposición esencial para la consecución del fin del tratado. Si el tratado es bilateral, la violación grave de una de las partes permite a la otra alegar tal violación como causa de terminación. Si el tratado es multilateral podrán los Estados partes, procediendo por unanimidad, dar por terminado el tratado entre todas las partes, o bien entre estos y el estado infractor.

(v) Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento ([art. 61](#)).

- Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado.

- La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes

como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

(vi) Cambio fundamental en las circunstancias ([art. 62](#)).

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:

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

(vii) Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*") ([art. 64](#)).

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

VIII.2. Circunstancias excluidas en la CVDT como causas de terminación

IX.2.1. Reducción del número de partes en un tratado multilateral a un número inferior al necesario para su entrada en vigor ([art. 55](#)).

Un tratado multilateral no terminará por el solo hecho de que el número de partes llegue a ser inferior al necesario para su entrada en vigor, salvo que el tratado disponga otra cosa.

IX.2.2. Ruptura de relaciones diplomáticas o consulares ([art. 63](#)).

La ruptura de relaciones diplomáticas o consulares entre partes de un tratado no afectará a las relaciones jurídicas establecidas entre ellas por el tratado, salvo en la medida en que la existencia de relaciones diplomáticas o consulares sea indispensable para la aplicación del tratado.

VIII.3. Circunstancias no contempladas en la CV como causas de terminación

(i) La llegada al término final.

Esta circunstancia será posible cuando el Tratado haya sido estipulado para una duración determinada.

(ii) La guerra.

La guerra no es considerada hoy como causas extintivas de todos los Tratados, habiéndose extendido la práctica de insertar en los Tratados de paz disposiciones para regular la suerte de los Tratados estipulados por los beligerantes antes del inicio de la guerra.

(iii) Casos de extinción del sujeto internacional.

En estos casos los Tratados quedarán afectados y en su mayor parte extinguidos.

IX. Consecuencias de la Terminación

En primer lugar, estarán las consecuencias dispuestas en el propio tratado o las que las partes hayan convenido.

Por otra parte, en la Convención se dice que la terminación de un tratado eximía a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado y no afecta a ningún derecho u obligación creada por la ejecución del tratado. En caso de que opere una nueva norma de Derecho Internacional, los derechos y obligaciones creados sólo se mantendrán en caso de que su mantenimiento no esté en oposición con esta regla.

En caso de que la causa de terminación sea la violación grave de un tratado o el cambio fundamental de las circunstancias, se pierde el derecho a darlo por terminado o retirarse de él si se ha convenido expresamente que el tratado continúa en vigor.

Otra consecuencia no expresada en la Convención de Viena pero que sin duda es operativa en el Derecho Internacional, y que es de naturaleza consuetudinaria, es la desuetud, es decir, la conducta de las partes de la que cabe inferir un comportamiento implícito de terminación del mandato⁴⁶¹.

X. El futuro ya llegó

Si observamos la aplicación de este instrumento internacional, encontramos que no solo ha adquirido un carácter constitutivo en el derecho internacional, o más acertadamente, en su desarrollo, sino que además se la ha aplicado tanto en el ámbito doméstico como en su dimensión internacional.

Sumado a esto, debemos observar la aplicación que de ella ha hecho la CIJ sin distinguir, en numerosos casos, si los estados litigantes eran parte o no de la misma. Sirva como ejemplo, lo expresado por el profesor Juan Antonio Travieso⁴⁶² en su manual de Derecho Internacional Público⁴⁶³ cuando se refiere al caso Proyecto Gabckovo-Nagymaros en cuanto a que:

*"[la Corte] solo debe tener presente que en varias ocasiones ha declarado que algunas de las normas que se establecen en la Convención pueden considerarse una codificación del derecho consuetudinario vigente".*⁴⁶⁴

Quizás el desafío para estos tiempos es cuestionar la regulación internacional de los tratados o sin hacer renuncia de ello, intentar ser más pragmáticos que dogmáticos, cediendo a nuestra tentación

⁴⁶¹) En internet <https://www.derecho-internacional-publico.com> .

⁴⁶²) Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

⁴⁶³) Abeledo Perrot, 2012; capítulo III, pág.166.-

⁴⁶⁴) ICJ Reports, 1997, pág. 38, para. 46.-

de tornar más flexible nuestra relación con las fuentes, y de esta forma, de las relaciones internacionales todas. Nos resta entonces, preguntarnos si el derecho de los tratados además de una condición necesaria sería una condición suficiente.

FOR AUTHOR USE ONLY

FOR AUTHOR USE ONLY

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS

“Los hombres temen al pensamiento como no temen a nada más en la tierra: más que a la ruina, más que a la muerte. El pensar es subversivo y revolucionario, destructivo y terrible, el pensamiento no venera privilegios, instituciones establecidas o hábitos cómodos; el pensamiento es anárquico y sin ley, indiferente a la autoridad, descuidado con la sabiduría. El pensamiento mira hacia el pozo del infierno y no tiene miedo ... El pensamiento es rápido y libre, la luz del mundo y la principal gloria del hombre”.

Bertrand Russell

fue un filósofo, matemático, lógico y escritor británico ganador del Premio Nobel de Literatura (1950), y por sobre todo, un gran activista social. En el inicio de su autobiografía se lee: “Tres pasiones, simples pero abrumadoramente fuertes, han gobernado mi vida: el ansia de amor, la búsqueda del conocimiento y la insoportable piedad por el sufrimiento de la humanidad”.

Junto con el filósofo francés Jean Paul Sartre y otros, entre los que estaba el argentino Julio Cortázar, creó el llamado Tribunal Russell (1966) para juzgar los crímenes de guerra cometidos por Estados Unidos en Vietnam. Fue una suerte de primer gran juicio por la verdad, ya que al no constituir un órgano jurisdiccional, su propósito era exponer las situaciones de violaciones masivas de derechos humanos ocurridas en Indochina.

Luego se crearon otros Tribunales Russell-Sartre con igual propósito de identificar, denunciar y exponer la responsabilidad de los Estados en la comisión de actos atroces (Iraq, Palestina, Ucrania, el genocidio armenio, etc).

FOR AUTHOR USE ONLY

Responsabilidad Internacional de los Estados

Favio FARINELLA

I. Introducción

Todo sistema legal provee consecuencias frente a la violación de sus normas. El DI no es la excepción. El juez Huber en el caso Demandas relativas a la zona Española de Marruecos (1925)⁴⁶⁵ afirmó:

“La responsabilidad es el corolario necesario de un derecho. Todos los derechos de carácter internacional envuelven responsabilidad internacional. Si la obligación en cuestión no es cumplida, la responsabilidad conlleva el deber de reparar.”

La cuestión de la responsabilidad estatal viene atada a varias otras cuestiones vitales de DI:

- (i) la subjetividad internacional y consecuentemente la legitimación activa y pasiva;
- (ii) la existencia de procedimientos internacionales;
- (iii) la protección diplomática; y
- (iv) el agotamiento de los recursos internos junto con otras cuestiones de admisibilidad.

Brownlie afirma que la responsabilidad internacional se relaciona tanto con violaciones de tratados como con otras violaciones de deberes legales impuestos por el DI.⁴⁶⁶ Según Akehurst-Malanczuk⁴⁶⁷, el derecho de la responsabilidad estatal se ocupa en determinar si ha ocurrido un hecho ilícito por el cual pueda responsabilizarse a un Estado, cuáles serían entonces sus consecuencias, y la manera en que la responsabilidad sobreviniente puede ser instrumentada. Tradicionalmente, la responsabilidad

⁴⁶⁵

) Demandas relativas a la zona española de Marruecos (1925). España v. Reino Unido. Relator: Huber (Suiza). Reports of International Arbitral Awards, Vol. II, p. 615.

⁴⁶⁶) Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, Oxford, UK, 1990, p. 434.

⁴⁶⁷) Malanczuk Peter, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997, p. 254.

de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos se ha basado en la costumbre internacional. Junto a ella, coexiste un limitado número de convenciones internacionales conteniendo provisiones relacionadas con el deber de reparar de cualquiera de los Estados partes frente a la violación de las obligaciones estipuladas.

La cuestión de la responsabilidad de los Estados estuvo en la agenda de la Sociedad de Naciones. Una Conferencia destinada a la codificación de estas reglas fue convocada en 1930 en La Haya, fracasando en el intento de producir un documento vinculante. El desacuerdo mayor se expresó en lo relativo a la responsabilidad estatal por el trato debido a los extranjeros. Mientras algunos Estados pretendían que se brindara el llamado estándar del trato nacional, otros Estados favorecían la aplicación del principio del estándar mínimo de derechos.⁴⁶⁸ Sobre este punto volveremos mas adelante.

Otras cuestiones aún motivan controversia. La teoría subjetiva de la responsabilidad que reparaba en la intención del agente estatal es hoy complementada con la teoría objetiva en ciertas cuestiones como el uso y la experimentación de la tecnología nuclear o la exploración del espacio, donde la producción del daño puede no responder a una intención previa, ni tampoco al quebrantamiento de norma internacional alguna.

En realidad, el impulso mayor al desarrollo de la cuestión de la responsabilidad internacional del Estado se debe a la actividad de la CDI. Ya en 1949 en su primera sesión, esta cuestión fue elegida para una futura codificación. Diversos relatores se sucedieron en su tratamiento en las décadas siguientes: Roberto Ago, Willem Riphagen, Gaetano Arangio-Ruiz, y James Crawford. Finalmente, la CDI presentó a la AG ONU, su Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos (PARE de aquí en mas).⁴⁶⁹

La estructura vital del documento fue preparada por el profesor Ago, e incluye los aspectos más importantes de la responsabilidad estatal por actos ilícitos, incluyendo su definición; las consecuencias; las circunstancias que precluyen la ilicitud; los derechos de los Estados perjudicados; los medios de reparación y las circunstancias en que es lícito el recurso a las contramedidas. No obstante, a fin de tener un visión general del trabajo realizado, conviene citar a B. Simma y otros editores de un estudio comprensivo sobre esta cuestión:

“Mientras las cuestiones antes y actualmente estudiadas por la Comisión se relacionan con ciertas reglas definidas como normas primarias de DI, la cuestión de la Responsabilidad del Estado, en un

⁴⁶⁸) Véase García Amador F. V., Doctrina Calvo, Cláusula Calvo, EPIL I, 1992, ps. 521/3.

⁴⁶⁹) CDI, Sesión 53, Agosto de 2001. Doc. A/CN4/L602/Rev. 1. y posterior Resolución de la AG ONU 56/83 de 10/12/2001, “Draft articles on Responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries.”

*sentido, abarca el otro lado de la moneda, la totalidad de las reglas jurídicas y sus consecuencias ligadas a la violación de una obligación del Estado.*⁴⁷⁰

El resultado final de la normativa elaborada posee tres cuestiones a enfatizar.

Primera, la distinción introducida por Ago entre normas primarias de DI, que imponen reglas de conducta, y normas secundarias, que definen las consecuencias de actos internacionalmente ilícitos atribuibles a Estados. Mientras las primeras poseen una naturaleza sustancial ya que definen obligaciones de los Estados, las segundas contienen principios que gobiernan la responsabilidad estatal. Como mencionamos precedentemente, el PARE elaborado por la CDI sólo hace referencia a las normas secundarias.

Segunda, la CDI promovió dos regímenes de responsabilidad: (i) el común; y el (ii) agravado. El énfasis se coloca en el carácter de la obligación violada. Así la responsabilidad se agrava cuando el Estado quebranta una norma imperativa de DI general (*jus cogens*).

Tercera, el daño se disocia del acto ilícito, a fin de dejar de ser un elemento constitutivo de la responsabilidad. De esta forma, las reglas secundarias contenidas en el PARE cubren todas las posibilidades de violaciones de normas primarias, incluyendo aquellas en que no existe daño o el mismo no puede ser compensado.

II. Condiciones del nacimiento de la responsabilidad

En principio, cualquier acto u omisión que produzca como resultado una violación de una obligación legal hace nacer la responsabilidad internacional. La responsabilidad objetiva descansa en la doctrina del acto voluntario, en tanto existan los requisitos de existencia de una agencia estatal y del nexo causal. La práctica estatal así como la jurisprudencia parecen inclinarse por la teoría de la responsabilidad objetiva como principio general que puede ser excluido bajo ciertas circunstancias. Así, en diversos casos fue empleado un test objetivo de responsabilidad. Por ejemplo, la Comisión de Reclamos Generales establecida por una convención entre México y Estados Unidos en 1923 en los casos **Nerr, Roberts y Caire**.⁴⁷¹ En este último, se afirmó:

“... El estado también carga con responsabilidad internacional por todos los actos cometidos por sus agentes o sus órganos que fueran delictivos conforme el derecho internacional, sin tener en cuenta si el órgano oficial ha actuado dentro de los límites de su competencia o los ha excedido ... No obstante, en orden de justificar la admisión de esta responsabilidad objetiva del estado por actos cometidos por sus agentes u órganos fuera de su competencia, es necesario que hayan actuado, al menos bajo la

⁴⁷⁰) Spinedi Marina and Simma Bruno, (eds) United Nations codification of state responsibility. New York: Oceana Publications, 1987.

⁴⁷¹) United Nations Reports of International Arbitral Awards -RIAA-, 1926, IV, p. 60 para. 61-2; 1926, IV, p. 77, para. 80; y 1929, V., p. 516, para. 529-31 respectivamente.

aparición, de órganos o agentes autorizados, o que al actuar, hayan usado poderes o medidas pertinentes a su carácter oficial ... ⁴⁷²

No obstante lo dicho, otro grupo de autores continúa adhiriendo a la doctrina Grociana, y requieren culpa o *dolus malus* para la existencia de una base razonable de responsabilidad.⁴⁷³ En el caso **Home Missionary Society**, el Tribunal hizo referencia al:

“... bien establecido principio de derecho internacional relativo a que ningún gobierno puede ser hallado responsable por actos de grupos de personas rebeldes cometidos en violación de su autoridad, cuando tal estado no es culpable de violar la buena fe, o negligencia en suprimir la insurrección” ⁴⁷⁴

En el caso **Chattin**, la Comisión de Reclamos Generales describió los procedimientos judiciales realizados por México como “altamente insuficientes”. Por estos procedimientos, Chattin había sido condenado a dos años de prisión. Sin embargo, éste y otros casos donde se menciona la necesidad de culpa o dolo, ocurren en contextos especiales, tales como daños sufridos luego de actos de rebelión, ejecutados por personas de naturaleza privada o actos del poder judicial.

Al presente, los Estados responden por “hechos internacionalmente ilícitos”. Esto significa que la responsabilidad internacional se origina en el ilícito internacional. La fórmula del “hecho internacionalmente ilícito” elegida por la CDI evidencia la eliminación de la intención de los autores del acto y en general todas las connotaciones subjetivas derivadas, en beneficio de la objetividad brutal del “hecho” y su atribución al Estado. De aquí el principio rector tan simple de interpretar afirmado en el art. 1 PARE: “Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.”

II.1. Ilícitud. Violación de una obligación internacional

El art. 12 PARE define la violación de una obligación internacional:

“Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.”

En **Fábrica de Chorzow**⁴⁷⁵, la CPJI afirmó que constituía un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso envolvía la obligación de reparar y que tal reparación era en consecuencia, “el complemento indispensable de la imposibilidad de cumplir con la convención.”

⁴⁷²) RIAA, 1929, V., p. 516, para. 529-31. Voto del sr. Verzijl Presidente de la Comisión de Reclamos Franco – Mejicana.

⁴⁷³) En esta línea Oppenheim, I, p. 343; Lauterpacht, 62 Hague Recueil, 1937, IV, ps. 359-64; Ago, 68 Hague Recueil, 1939, II, p. 498.

⁴⁷⁴) RIAA, 1920, VI, p. 42, para. 44.

⁴⁷⁵) CPJI, Fábrica de Chorzow (indemnizaciones), Alemania v. Polonia, 1928, Rep. Ser. A No. 17.

Si un Estado a través de sus actos u omisiones se constituye en la causa directa del daño sufrido por la propiedad y/o ciudadanos de otro Estado, nace la obligación de reparar.

En **Canal de Corfú**, la CIJ encontró responsable a Albania de la pérdida de vidas y el daño sufrido por buques de guerra (los destructores Saumarez y Voltage, además de los cruceros Mauritius y Leander) del Reino Unido, averiados por minas emplazadas por Albania dentro de sus aguas territoriales. Al incumplir Albania con su obligación de notificación a todos los buques -y especialmente a los Británicos- respecto de la existencia de un territorio minado en sus aguas territoriales, violó:

“ciertos principios generales y bien reconocidos, a saber, consideraciones elementales de humanidad... el principio de la libertad de comunicaciones marítimas; y la obligación de cada Estado de no permitir que su territorio sea utilizado para la ejecución de actos contrarios a los derechos de otros Estados.”⁴⁷⁶

La aprehensión de un criminal realizada en forma ilegal en el territorio de otro Estado da lugar a responsabilidad internacional.

El caso **Eichmann**⁴⁷⁷ dio lugar a un incidente diplomático entre los gobiernos de Argentina e Israel. Adolf Eichmann fue secuestrado en Argentina por el Servicio Secreto Israelí, sin el conocimiento del gobierno local y llevado a Israel a efectos de ser juzgado. La protesta Argentina dio lugar a que el CS ONU afirmara que “actos tales como los expuestos que afectan la soberanía de un Estado miembro ... ponen en peligro a la paz y seguridad internacionales”, requiriendo al gobierno de Israel la ejecución de reparaciones apropiadas.

Otro ejemplo de violación de una obligación internacional consiste en permitir que actividades realizadas en el territorio de un Estado -en el caso gases tóxicos- contaminen el territorio de los Estados vecinos.

En **Fundición Trail**⁴⁷⁸, una compañía Canadiense de fundición de plomo y zinc ubicada sobre el río Columbia a diez millas de la frontera con EEUU, llevaba vertidas hacia 1930, 300 toneladas de dióxido de sulfuro. Este gas era conducido a través del río dentro del territorio Estadounidense, dañando la tierra y otros intereses ubicados en el Estado de Washington. El tribunal Arbitral encontró que

“bajo los principios del DI... ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de manera tal que cause daños mediante gases en el territorio de otro Estado o a la propiedad de las personas que en él se encuentran.”

⁴⁷⁶) CIJ, Canal de Corfú, Reino Unido v. Albania (Méritos), 1949, Rep. 4.

⁴⁷⁷) Fiscalía General del Gobierno de Israel v. Eichmann, 1961, 36 IRL 5.

⁴⁷⁸) Arbitraje de la Fundición Trail, Estados Unidos de América v. Canada, 1938 y 1941, RIAA 3 1905.

En relación con el trato debido por un Estado a los extranjeros que habitan su jurisdicción, se enfrentan dos teorías. Una afirma que los Estados deben respetar un estándar mínimo e internacional de derechos, independientemente del trato que brinde a sus nacionales. Por otra parte, otro criterio afirma que a los extranjeros les debe ser brindado igual trato que a los nacionales.

Tanto los Estados Europeos como Estados Unidos han propugnado la existencia de un estándar mínimo de derechos que es debido a los extranjeros por parte de todos los Estados del sistema internacional. Su violación facultaría al Estado del cual es nacional la víctima, a ejercer el instituto de la protección diplomática. En el caso **Neer**, los EEUU reclamaron a México su falta de debida diligencia en hallar y enjuiciar al asesino de un nacional estadounidense. Al rechazar el reclamo la Comisión Arbitral expresó:

“ (...) el trato debido a un extranjero, para que constituya un delito internacional, debe consistir en un ultraje, o en la mala fe, o la negligencia voluntaria de un deber o la insuficiente acción gubernamental que no alcance los estándares internacionales que todo hombre razonable e imparcial rápidamente reconocería como insuficiente ...”⁴⁷⁹.

El principio opuesto, llamado del trato nacional, ha sido favorecido por los Estados en vías de desarrollo, sobre todo los Estados de América Latina, quienes expresaban que brindar a los extranjeros un trato distinto al recibido por los nacionales sería contrario a los principios de jurisdicción territorial e igualdad de los Estados. A esto añadían que al elegir como residencia un Estado del cual no se es nacional, el extranjero acepta tanto los beneficios como las cargas que implica tal residencia en el Estado elegido.

Los extranjeros deben tener acceso a la justicia del Estado donde se encuentran. El Proyecto de Convención sobre Responsabilidad de los Estados por daños a personas o bienes de extranjeros ocurridos en su territorio, redactado en Harvard en 1929 afirma en su art. 9:

“la denegación de justicia existe cuando hay una negativa, demora injustificada u obstrucción al acceso a los tribunales, grosera deficiencia en la administración de los procedimientos o remedios judiciales, omisión en proveer garantías que son generalmente consideradas indispensables a una normal administración de justicia o una sentencia manifiestamente injusta. Un error de un tribunal nacional que no produce una injusticia manifiesta no constituye denegación de justicia.”

Kaczorowska⁴⁸⁰ refiere la existencia de dos principios sobre los cuales se afirma la denegación de justicia: (i) no constituye una defensa del Estado afirmar que ha dispensado al extranjero igual trato que a los nacionales, si el estándar de trato es menor que el mínimo requerido por el DI; (ii) si el estándar local de la administración de justicia es mayor que los mínimos requeridos por el DI, el

⁴⁷⁹) Neer Claim: Estados Unidos v. Mexico, 1926, 4 RIAA p. 60.

⁴⁸⁰) Kaczorowska Alina, Public International Law, 3rd edition, Old Bailey Press, London, 2005, p. 193.

extranjero debe recibir el mayor estándar.

Si el estándar internacional impusiera criterios demasiado altos que aparecieran como poco razonables analizados desde la jurisdicción de Estados en vías de desarrollo, las condiciones locales deben ser tenidas en cuenta. La exigencia de los países desarrollados relativa a que el mayor estándar internacional era el que debía observarse para sus nacionales, dondequiera que éstos se encontraran, motivó el rechazo de los Estados Latinoamericanos, quienes adoptaron el estándar del “trato nacional”.

El Proyecto de Panamá sobre los Derechos y Deberes de los Estados (1947) afirmó que los extranjeros no poseían el derecho a presentar reclamos “*diferentes de, o más extensos que, aquellos que disfrutaban los nacionales*”.

La aplicación del estándar del trato nacional es azarosa, ya que puede dar al justiciable mucho o poco, dependiendo de cada situación doméstica. Esta cuestión ha sido superada a partir de la consolidación de la teoría de los derechos humanos, que fija un piso mínimo de derechos a ser respetados por los Estados en todo tiempo y lugar, generando su incumplimiento, responsabilidad internacional tanto del Estado como de los individuos que participaron en la violación de normas imperativas de DI general.

El proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o propiedad de extranjeros prevé en su art. 1:

“(...) los extranjeros disfrutan los mismos derechos y las mismas garantías como nacionales, pero estos derechos y garantías en ningún caso serán menores que los “derechos humanos y libertades fundamentales” reconocidos y definidos en los instrumentos internacionales contemporáneos.”

En ciertos casos, el DI consuetudinario acepta que los Estados diferencien entre nacionales y extranjeros, por ejemplo en relación con cuestiones referidas al derecho de propiedad, la participación en la vida pública y política, el empleo, la ayuda legal e incluso la capacidad de recibir beneficios sociales.

La admisión y expulsión de extranjeros son cuestiones cuya regulación se deja librada al criterio de la jurisdicción doméstica. Así, un Estado puede negarse a recibir ciudadanos o puede imponer condiciones o restricciones de admisión. También el Estado posee el derecho a expulsar personas, aunque limitado por ciertos criterios:

- (i) si la expulsión pudiera dar lugar al crimen de genocidio, o infringir la regla de no discriminación sentada por el DI consuetudinario; y
- (ii) en caso que la persona -a través de una residencia prolongada-, hubiera adquirido la

nacionalidad efectiva del Estado que pretende expulsarla.

En relación con la expropiación de la propiedad extranjera, un Estado puede restringir o disponer condiciones respecto de la adquisición de ciertos tipos de propiedad por parte de extranjeros. La expropiación por su parte, ha sido tradicionalmente considerada como causa de la protección diplomática. La adquisición y el control de propiedades por parte de extranjeros es una cuestión de considerable importancia para los Estados, cuando las economías estatales se encuentran influenciadas o dominadas por compañías e inversores extranjeros. En el sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos permite la expropiación por razones de “utilidad pública” y aún por “interés social”, requiriendo además los requisitos tradicionales de legalidad y previo pago de justa indemnización.⁴⁸¹

En **Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca**,⁴⁸² la CPJI reconoció que la “expropiación por razones de utilidad pública, la liquidación judicial y medidas similares” son actos permitidos por el DI. De igual manera, existe acuerdo en que en el caso de la expropiación, el estándar de compensación adecuada debe ser respetado. El Secretario de Estado Estadounidense Hull afirmaba ya en 1940, que el derecho a expropiar iba de la mano y se encontraba condicionado por la obligación de realizar una compensación adecuada, efectiva y pronta.

En *Compañía Petrolera Anglo-Iraní*, el Reino Unido afirmó ante la CIJ:

*“es claro que la nacionalización de la propiedad de extranjeros, aun cuando no sea ilegal en ningún punto, deviene una confiscación ilegal a menos que exista una compensación adecuada, pronta y efectiva...”*⁴⁸³

En el caso de la compañía petrolera Repsol -YPF, cuando el gobierno argentino decidió la venta forzada del 51% del paquete accionario que poseía la compañía Española Repsol en YPF (abril 2012), ésta inició un proceso ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que concluye con un acuerdo de compensación a cargo de Argentina, clausurando así el proceso arbitral.

En forma coincidente, la Resolución AG 1803 relativa a la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales menciona el requisito del pago de una “compensación apropiada... conforme el DI”.

No obstante lo afirmado, la doctrina concuerda en que la regla de la compensación puede ser

⁴⁸¹) Convención Americana de Derechos Humanos, art. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

⁴⁸²) CPJI, *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca*, 1926, Rep. Ser. A No. 7, p. 22.

⁴⁸³) CIJ, *Compañía Petrolera Anglo-Iraní*, (Medidas Provisionales), 1951, CIJ Rep. 81 y 83.

obviada en ciertas situaciones, tales como (i) un tratado; (ii) la confiscación como pena por delitos; (iii) el legítimo ejercicio del poder de policía estatal; (iv) medidas de defensa; (v) la apropiación como medida impositiva; (vi) la destrucción de la propiedad de neutrales nacida a partir de operaciones militares; (vii) la toma de propiedad enemiga en carácter de reparación.⁴⁸⁴

II.2. Daño internacional y nexos causal

Un Estado puede alegar la responsabilidad de otro siempre y cuando el daño sea atribuible al Estado al cual pretende responsabilizar. Antes que una situación de hecho, el *daño* constituye una construcción jurídica, caracterizado por dos elementos: (i) uno interior, que se relaciona con el daño considerado en sí mismo (daño internacional); y (ii) uno exterior, vinculado con el agente que lo produjo (hecho generador y nexos causal).

El daño sufrido por un Estado puede ser tanto material como moral. Si un agente diplomático es asesinado por terroristas, el Estado que lo envía sufre un doble daño. Por un lado, el daño moral resultante de la desaparición de su representante que encarna al Estado en el extranjero. Por otro, el daño material producto de la muerte de la persona sintetizado en una indemnización a pagar a sus familiares.

La identificación del daño sufrido por un Estado es esencial a efectos de legitimarlo activamente para demandar a quien resulte responsable. Sin embargo, no toda vez que un Estado viola una norma internacional, nace un derecho en cabeza del resto de los Estados a reclamar como víctimas. La respuesta a este interrogante está dada por dos teorías que consideran a las obligaciones estatales como objetivas o inter-subjetivas.

Si se considera que cada Estado se encuentra obligado con el resto de los Estados del sistema internacional (como en los tratados multilaterales), entonces una violación de una regla por parte del Estado “A”, convierte en víctimas a los restantes Estados. Existe aquí un “daño” en el sentido jurídico basado en la lesión del DI general, aunque no se manifieste materialmente. Los arts. 42 a 48 PARE impiden esta solución, ya que requieren que la violación afecte “especialmente” al Estado lesionado o bien, modifique “radicalmente” el statu quo anterior al daño (arts. 42(b.i) y (b.ii)).

Dos casos requieren de nuestra atención.

En la **cuestión del África sudoccidental**⁴⁸⁵, la CIJ rechazó admitir “una suerte de *actio popularis*, o un derecho para cada miembro de una colectividad de iniciar una acción en defensa de un interés público”, estimando inadmisibles las pretensiones de Etiopía y Liberia dirigidas a que se declare

⁴⁸⁴ Ver Kaczorowska, op. cit., p. 198.

⁴⁸⁵ CIJ, Casos Relativos al África Sudoccidental, segunda fase, sentencia 18/07/1966, Rep. 1966 6, Etiopía v. Sudáfrica y Liberia v. Sudáfrica. Los demandantes actuaron como Estados que habían sido miembros de la Sociedad de Naciones. Véase Opinión Consultiva Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la presencia de Sudáfrica en Namibia (África sud-occidental) no obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del CS, 21/06/1971.

que Sudáfrica había faltado a sus obligaciones resultantes del mandato internacional sobre Namibia (África sudoccidental). La CIJ opinó -contrariamente a lo afirmado por Etiopía y Liberia respecto de las disposiciones del mandato violadas-, que aún cuando el mandato creaba obligaciones para el mandatario, no otorgaba derechos reflejos a los peticionantes.

En **Barcelona Traction**, la CIJ opinó (*obiter dictum*) que:

*“una distinción esencial deber (...) ser establecida entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas que nacen vis-a-vis otro Estados. (...) Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Considerando la importancia de los derechos en juego, todos los Estados pueden ser considerados como titulares de un interés jurídico referido a que los derechos sean protegidos, las obligaciones de las cuales se trata constituyen obligaciones erga omnes.”*⁴⁸⁶

Aunque aparentemente contradictorias, en las sentencias anteriores parece distinguirse un principio esencial y una excepción.

El principio afirma que en tratados multilaterales no puede alegarse la calidad de Estado lesionado a menos que se reúnan ciertos requisitos del daño reparable. La excepción resulta de aquellos tratados que contienen obligaciones *erga omnes*, algunas de las cuales pueden ser incluso normas imperativas o de *ius cogens*. En este último caso, cualquier Estado puede defender el derecho en crisis.

¿Quién determina el carácter “internacional” del daño? El PARE en su art. 3 no deja dudas:

“La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.”

Este principio básico afirma que de producirse un conflicto entre el DI y el derecho interno, la única respuesta relativa a la licitud del daño viene dada por las normas internacionales.

II.3. Carácter de víctima y responsabilidad internacional

El Estado es el sujeto pasivo tradicional de la responsabilidad internacional.

En la visión del DI general, la subjetividad del Estado incluye todos sus desmembramientos, territorios y lugares sometidos a su jurisdicción. Por ejemplo los “estados” o provincias miembros de una federación; toda otra colectividad territorial descentralizada; o empresas públicas investidas de prerrogativas del poder público delegadas por el Estado, entre las principales. De igual manera, los daños sufridos por los agentes y aún los miembros individuales de órganos colectivos del Estado

⁴⁸⁶ CIJ, *Barcelona Traction, Light and Power Co. Limited, Bélgica c. España*, Sentencia 05/02/1970, Segunda Fase, Rep. 1970, p. 32, para. 33. Véase también el caso *Relativo a Timor Oriental, Portugal v Australia*, 1995, CIJ Rep. 90, p. 102; y *Consecuencias Legales de la Construcción de un muro en los Territorios Palestinos Ocupados*, 2004, CIJ Rep. 136, p. 199.

o de sus desmembraciones, en el ejercicio de sus funciones o sufridos por la calidad mencionada, tienen por víctima al Estado.

En cambio, los daños sufridos por sus nacionales constituyen en primera instancia, daños particulares, y sólo de manera mediata pueden considerarse daños sufridos por el Estado de nacionalidad de la víctima. Esta circunstancia abre la puerta al instituto de la protección diplomática, que en los términos de la CIJ expuestos en **Barcelona Traction**, un Estado puede ejercer,

"(...) por cualquier vía y en cualquier extensión que considere apropiadas, en tanto es un derecho propio el cual el Estado está afirmando. (...) El Estado debe ser considerado como el único juez que decide si brinda o no su protección diplomática, en qué medida lo hace, y cuando cesa de hacerlo. (...) Desde que el reclamo del Estado no es idéntico al del individuo o la corporación cuya causa adopta, el Estado disfruta de completa libertad de acción."⁴⁸⁷.

II.4. Hecho generador

Afirman Combacau – Sur que el origen de la responsabilidad antes que el daño, está constituido por los hechos que lo generan⁴⁸⁸. Para que pueda hablarse de responsabilidad del Estado, el hecho generador del daño debe reunir dos condiciones: (i) debe ser imputable al Estado; y (ii) debe ser ilícito. Imputabilidad o atribuibilidad e ilicitud son los dos elementos relevantes en la cuestión. El que un hecho sea imputable a un sujeto de derecho implica que a los fines de la responsabilidad, éste es considerado su autor. Esto no significa que deba responder en todo caso, ya que pueden existir circunstancias eximentes.

El hecho ilícito puede ocurrir de maneras distintas conforme el objeto de la obligación violada. Así, la conducta debida por el Estado puede hallarse delimitada de manera unívoca y sin margen de apreciación por una norma que no le deja libertad en su manera de proceder. Por ejemplo, un tratado que imponga a los Estados un término perentorio para el reconocimiento mutuo de los títulos profesionales a fin que sus nacionales puedan ejercer en las jurisdicciones de los Estados parte. Esta misma obligación podría haberse enunciado de manera mucho más laxa, afirmándose por ejemplo, que los Estados se obligan a brindar un acceso igualitario al ejercicio profesional, sin mayores precisiones.

En el primer caso, la violación quedará expuesta ante el vencimiento del término y la inacción del Estado. En el segundo supuesto, el extranjero perjudicado deberá posiblemente agotar todos los

⁴⁸⁷) Ibidem, p. 44/5.

⁴⁸⁸) Combacau Jean y Sur Serge, Droit International Public, 12 edición, LGDJ, Lextenso, Issy les Moulineaux, Francia, 2016, p. 542.

recursos internos antes de denunciar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, ya que la negativa debe ser expuesta a través del Estado considerado como un todo, esto es, sus diversos órganos de poder (ejecutivo-administrativo y judicial por ejemplo). Esta situación constituye uno de los requisitos básicos de la protección diplomática: antes que un Estado pueda denunciar a otro por el trato ilícito brindado a un nacional, éste deberá haber agotado las vías internas del Estado a quien se pretende responsabilizar.

De todas maneras, la responsabilidad internacional no es una réplica de la responsabilidad en el derecho interno. El DI general busca determinar al responsable del hecho generador, lo cual afirma el principio de la irrelevancia de las normas internacionales respecto de entes que no poseen subjetividad internacional. Mientras se acepta que el DI crea derechos para ciertos sujetos del derecho doméstico que éstos pueden invocar directamente, es menos frecuente que el DI general imponga obligaciones a personas de derecho interno. En DI entonces, la cuestión se centra en conocer si la conducta de una persona de derecho interno puede ser atribuida a un sujeto de DI.

Entramos así en el campo de la atribuibilidad, término que preferimos sobre imputabilidad, ya que descarta toda idea de culpa, cuestión controversial cuando se trata de Estados. Por otra parte, la idea de “imputabilidad” crea problemas cuando los agentes públicos exceden su competencia o desobedecen órdenes.

II.5. Atribuibilidad al Estado del acto internacionalmente ilícito

La responsabilidad del Estado nace a partir de actos y omisiones de personas. En materia de atribución de un hecho generador de daño a un Estado, rige un principio básico que afirma que el comportamiento de todo órgano estatal es considerado como hecho del Estado conforme el DI. A este fin, concordamos con Combacau – Sur en que es irrelevante que el órgano cuya conducta originó el daño posea dentro de la jerarquía estatal un rango eminente o subordinado. Ni tampoco resulta importante que ejerza funciones internas o internacionales, ni que la actividad de que se trate sea ejecutiva, legislativa, judicial o de cualquier otra índole.⁴⁸⁹

La atribuibilidad de un acto u omisión permite identificar si el efecto de un acto atribuido a determinada persona constituye un acto del Estado al que se pretende responsabilizar. En este punto, pueden distinguirse varias circunstancias: (i) actos de los Estados y sus agentes; (ii) actos de personas privadas; (iii) actos de insurrectos.

II.5.a. Actos de los Estados y sus agentes. Frente al DI, cada Estado es responsable de sus acciones, incluyendo aquellas de los órganos subordinados, independientemente de los arreglos

⁴⁸⁹) Idem ant., p. 544.

constitucionales internos.⁴⁹⁰ Los Estados actúan a través de sus agentes y órganos como por ejemplo, los órganos del poder en el Estado, sus fuerzas armadas, o los estados provinciales, entre los principales. La CIJ en **Inmunidad de Proceso Legal de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos** (1999), afirmó: “según una bien establecida regla de DI (de carácter consuetudinario) la conducta de cualquier órgano de un Estado debe ser considerada como un acto de tal Estado”⁴⁹¹, y dijo además que esta regla se aplica a las unidades que componen un Estado federal. En el caso **Pellat** (1929), la Comisión Arbitral Franco-Mexicana, reafirmó el principio de la responsabilidad internacional “ (...) del Estado federal por todos los actos de los Estados componentes [de la federación], como también que tal responsabilidad no puede ser negada, con fundamento en prohibiciones o falta de cumplimiento de requisitos impuestos por la constitución federal”.⁴⁹²

La regla general está dada por el art. 4 del PARE:

“1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.”

Sin importar si el agente es un superior jerárquico o un simple subordinado, la responsabilidad del Estado no varía. En este punto, el DI se muestra indiferente a la organización interna del Estado, ya que ésta resulta de su exclusiva competencia. Frente al resto del sistema internacional cada Estado se presenta como un todo.

En el caso **Massey**, un nacional Estadounidense es asesinado en México por un Mexicano de apellido Saenz, quien fue arrestado para luego escapar con la ayuda de un oficial del servicio penitenciario. El gobierno Mexicano argumentó que no era responsable por denegación de justicia ya que la conducta emanaba de un oficial de bajo rango en violación del derecho interno Mexicano.

Llamado a resolver la cuestión, el Comisionado Nielson afirmó:

⁴⁹⁰) CDI, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexo por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001. art. 4.- Comportamiento de los órganos del Estado: 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. Original inglés: The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State. See also 1. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, 2002, ps. 94 y ss.

⁴⁹¹) CIJ, Opinión Consultiva del 29/04/1999, en Reports (1999) 87, para. 62. También 121 ILR, p. 367.

⁴⁹²) Caso Pellat, 5 RIAA, p. 534 (1929). Ver Bishop R. Doak, Crawford James, Reisman William M. (eds.), *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2005, ps. 803-804.

“Intentar distinguir entre agentes menores o de escasa importancia y otro tipo de agentes envuelve frecuentemente dificultades prácticas. Con independencia de tal distinción, pareciera que al arribar a conclusiones en un caso dado respecto de la responsabilidad derivada de actos de oficiales públicos, la más importante consideración de lo que debe ser considerado, son el carácter de los actos alegadamente perpetrados que han resultado en el daño a persona o a bienes, o la naturaleza de las funciones desarrolladas en aquellos casos en que surgen cuestiones referidas a una atenuación o exención de la responsabilidad.”⁴⁹³

Además de las relaciones jurídicas de jure entre un Estado y sus agentes, existen relaciones de facto.

Puede ocurrir que aún careciendo de vínculo directo, las personas actúen:

- (i) bajo instrucciones del Estado;
- (ii) bajo control efectivo del estado; o
- (iii) se comporten como agentes Estatales.

El PARE contiene este supuesto en su art. 5:

*“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el art. 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad”.*⁴⁹⁴

El art. 6 PARE dispone que la conducta de un órgano puesto a su disposición por otro Estado, será considerado hecho del Estado, siempre que tal órgano actúe en el ejercicio de atribuciones del poder público del Estado a cuya disposición se encuentra. En el caso del Commonwealth, los órganos Británicos puestos a disposición de los Estados miembros para la solución pacífica de controversias -el Privy Council por ejemplo- no serán actos considerados como ejecutados por el Reino Unido sino por el específico Estado miembro del Commonwealth que utilice sus servicios.

Como la CIJ hizo notar en su Orden del 4/3/1999 en las medidas provisionales tomadas en el caso LaGrand,

*“la responsabilidad internacional de un Estado se contrae por la acción de los órganos competentes y autoridades que actúan en tal estado, dondequiera que se encuentren. En particular, los Estados Unidos estaban bajo la obligación de transmitir la orden al gobernador del estado de Arizona, mientras que el gobernador se encontraba frente a la obligación de actuar de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Unidos”.*⁴⁹⁵

El Estado también responde por actos y omisiones *ultra vires* de sus órganos y agentes realizados en el ejercicio de su autoridad aparente. Así, dispone el art. 7 PARE:

“El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer

⁴⁹³ Caso Massey, United States of America v. Mexico (1927), 4 RIAA 155.

⁴⁹⁴ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001.

⁴⁹⁵ CIJ-ICJ Reports, 1999, ps. 9, 16; 118 ILR, p. 37.

atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.”

Este artículo codifica una costumbre internacional largamente establecida, relativa a que los actos ilícitos deben ser imputados al Estado cuando sus órganos o agentes actúan fuera de su capacidad legal, aunque dentro de la apariencia de su propia competencia.

En los casos **Jessie** y **The Wonderer**⁴⁹⁶, Estados Unidos fue hallado responsable por los actos de sus oficiales de aduana, en el ejercicio de su derecho a visitar e inspeccionar buques Británicos en alta mar. En ambos casos, los oficiales actuaron de buena fe aunque en exceso de las atribuciones provistas por el acuerdo Anglo-Norteamericano. No obstante lo dicho, como habían actuado dentro del marco de sus obligaciones, Estados Unidos debió responder.

En el caso **Youmans**⁴⁹⁷, tres ciudadanos estadounidenses fueron atacados por una turba de ciudadanos mexicanos. Varios soldados mexicanos enviados a proteger a los primeros, se sumaron al ataque y finalmente, los ciudadanos Norteamericanos fallecieron. El gobierno Mexicano alegó su falta de responsabilidad ya que sus soldados habían actuado en forma completamente contraria a sus instrucciones. La Comisión creada para laudarse el asunto rechazó este argumento, afirmando que los soldados no habían actuado en su capacidad privada ya que ejecutaron los actos como un comando organizado y bajo órdenes de un oficial superior. El art. 7 PARE antes transcrito recoge esta solución jurisprudencial.

II.5.b. Actos de personas privadas. En principio el Estado no responde por actos de individuos privados, a menos que actúen en nombre del Estado o ejerciendo la autoridad gubernamental, en ausencia de oficiales públicos o bajo circunstancias que justifiquen la asunción de tal autoridad. Así, el PARE prevé dos situaciones en las cuales un Estado puede ser responsabilizado por actos ilícitos cometidos por personas privadas. La primera ocurre cuando su conducta es dirigida o controlada por el Estado (art. 8) y la segunda cuando su conducta es reconocida y adoptada por un Estado como propia (art. 11).

La primera situación se presentó en el caso **Nicaragua v. Estados Unidos**,⁴⁹⁸ donde se discutió si los actos de los “Contras” podían ser atribuidos a los Estados Unidos. Considerando la cuestión, la CIJ resolvió que no bastaba con establecer que el gobierno de EEUU hubiera financiado, organizado, entrenado, abastecido y equipado a los “Contras”, o incluso les hubiera provisto asistencia logística. Dijo la CIJ:

⁴⁹⁶) The *Jessie*, 1921, RIAA 57 y *The Wonderer*, 1921, RIAA 68.

⁴⁹⁷) *Caso Youmans*, *Estados Unidos v. México*, 1926, 4 RIAA 110.

⁴⁹⁸) *CIJ, Nicaragua v. Estados Unidos*, 1986, Sentencia, Rep. 14.

“Para que esta conducta de lugar a responsabilidad legal de los EEUU, debería en principio probarse que el Estado poseía control efectivo de las operaciones militares y paramilitares en el curso de las cuales las alegadas violaciones [de derechos humanos y de derecho humanitario] eran cometidas.”⁴⁹⁹

La situación contemplada en el art. 11 del PARE es ilustrada por el caso **Toma de Rehenes**⁵⁰⁰, en el cual la CIJ sostuvo que Irán, al endosar los actos de los llamados “guardias de la revolución”, debía responder por sus consecuencias. No obstante, la CIJ expresó de manera clara que en relación con los primeros hechos -referidos a la toma de la embajada de EEUU y de rehenes-, una simple aprobación o congratulación por parte de los líderes iraníes no eran suficientes para atribuir los actos al Estado Iraní. Así, la responsabilidad de Irán sólo surge cuando el 17/11/1979 el Ayatollah Khomeini emite un decreto por el cual se dispone mantener la toma de la embajada y el secuestro de los rehenes, hasta que EEUU entregara al depuesto Sha Reza Pahlevi para que fuera juzgado en Irán.

No obstante lo referido, existe un deber de diligencia del Estado que conduce a una responsabilidad “pasiva”, por medio del cual el Estado es responsable de los daños que no pudo prevenir cuando existe la obligación de hacerlo. En estos casos, el Estado no responde por los actos de privados que por definición no le son imputables, sino que deviene responsable por su propia omisión. Lo que se sanciona aquí es el incumplimiento de la “obligación de diligencia o vigilancia” impuesta por el DI a cada Estado.

En este punto, el DIDH brinda claros ejemplos, toda vez que los Estados son mayormente denunciados en los sistemas de protección regionales por incumplimiento de los servicios de seguridad y justicia, incluyendo cuestiones básicas como el respeto del debido proceso de ley, lo cual conduce a una denegación de justicia material.⁵⁰¹

II.5.c. Actos de insurrectos. Un primer punto consiste en diferenciar entre insurrección y mera violencia de masas. En esta última, el Estado sería responsable sólo en caso de no adoptar las medidas necesarias para evitar la producción de hechos internacionalmente ilícitos. Frente a una insurrección, la respuesta es incierta ya que parte de la doctrina afirma que un Estado que reprime insurgentes no es responsable por el daño causado a los extranjeros que se encuentren en el lugar, priorizando la propia subsistencia del Estado frente a los derechos de sus habitantes.

⁴⁹⁹) Ibid. ant.

⁵⁰⁰) CIJ, Toma de Rehenes, 1980, CIJ Rep. 3.

⁵⁰¹) Véase en el sistema interamericano los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de derechos humanos, que refieren las garantías judiciales y la protección judicial debidas por los Estados a todos sus habitantes. Dentro del sistema Europeo, los arts. 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En el caso **Sambaggio**⁵⁰², a un nacional italiano le fue negada una indemnización por daños sufridos durante una revolución que fracasó en Venezuela. Los argumentos fueron que (i) los revolucionarios no eran miembros del gobierno; (ii) sus actos tenían por objetivo destruir al gobierno y nadie puede ser responsabilizado por actos de quien intenta atentar contra su vida; y (iii) los revolucionarios se encuentran fuera del control gubernamental y el gobierno no puede ser responsabilizado por daños cometidos por quienes escapan al control de sus conductas.

En resumen, el principio general que nacería del caso citado es que el Estado en cuyo territorio ocurre una insurrección no es responsable por las pérdidas y daños sufridos por extranjeros, a menos que pueda probarse que el gobierno del Estado en cuestión fue negligente en el uso de la fuerza a su disposición para la prevención o supresión de tal insurrección. Al respecto, el art. 10 del PARE afirma el principio general que el Estado no es responsable por actos de fuerzas insurrectas, a menos que las mismas se conviertan en el nuevo gobierno del Estado o logren establecer un nuevo Estado en parte del territorio del Estado contra el que se enfrentó.

III. Ausencia de ilicitud y consecuencias

III.1. Circunstancias que excluyen la ilicitud

El Capítulo V del PARE enumera las siguientes defensas: (i) consentimiento del Estado dañado; (ii) legítima defensa; (iii) contramedidas; (iv) fuerza mayor; (v) peligro extremo; (vi) estado de necesidad; y (vii) cumplimiento de normas imperativas.

En cualquiera de estas situaciones, de comprobarse la causal invocada por el Estado llamado a responder, quedará excluido el carácter ilícito de la acción, sin perjuicio (i) del cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir; y (ii) de la cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión, caso contrario se produciría un enriquecimiento sin causa.⁵⁰³

Analizamos cada defensa. Al aplicar el principio “*volenti non fit injuria*”, cuando el Estado que ha sufrido el daño consiente el acto o conducta que lo causó, el Estado que ha cometido la injuria no es responsable bajo el DI. No obstante, si el consentimiento del Estado lesionado ha sido dado en violación del *jus cogens*, por ejemplo, le ha permitido entrar en su territorio a fin de cometer crímenes internacionales contra parte de la población, el consentimiento no es válido y la responsabilidad subsiste.

⁵⁰²) Caso Sambaggio, Italia v. Venezuela, 1903, 10 RIAA 499.

⁵⁰³) Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001 Capítulo V, arts. 20 a 27.

La legítima defensa está contemplada en el art. 51 de la Carta ONU y es reconocida por el DI consuetudinario.

El PARE dedica el art. 22 y un capítulo exclusivo (arts. 49 a 54) a las contramedidas, consideradas como respuesta a un hecho o conducta ilegal. En función de esto, cualquier contramedida de carácter preventivo debe ser considerada ilegal. Las contramedidas son siempre de naturaleza temporal desde que su finalidad consiste en inducir al Estado infractor a cumplir con sus obligaciones bajo el DI. Por esto, deben ser aplicadas “en forma que permitan la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones” (art. 49(3)).

En **Gabcikovo-Nagymaros**, la CIJ basó su argumentación en el PARE, afirmando las condiciones bajo las cuales un Estado puede decidir la aplicación de contramedidas:

“a fin de poder ser justificadas, una contramedida debe reunir ciertas condiciones ... En primer lugar debe ser tomada como respuesta a un previo acto ilícito internacional ejecutado por otro Estado y debe ser dirigida contra ese Estado (...) En segundo lugar, el Estado lesionado debe haber solicitado del Estado infractor detener su conducta ilícita o bien reparar el daño ocasionado (...) En la visión de la Corte, constituye una consideración importante que el efecto de la contramedida sea proporcional al daño sufrido, tomando en consideración los derechos en cuestión ... (y) su propósito debe ser inducir al Estado infractor a cumplir con sus obligaciones bajo el DI, y ... la medida deber ser entonces, reversible.”⁵⁰⁴

La fuerza mayor es definida como “una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación” (art. 23 PARE). No obstante la fuerza mayor es excluida si:

- (i) es debida únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o
- (ii) si el Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

La fuerza mayor fue alegada en **Canal de Corfú**⁵⁰⁵, donde la CIJ rechazó esta defensa, afirmando que Albania no había demostrado la existencia de una imposibilidad absoluta de notificar a los buques Británicos la existencia de un campo minado en sus aguas territoriales.

En **Rainbow Warrior**⁵⁰⁶, Francia alegó fuerza mayor para eximirse del cumplimiento del acuerdo al que había llegado, relativo a mantener bajo arresto durante tres años a uno de sus militares, el mayor Mafart quien había participado del atentado. El Tribunal Arbitral rechazó la defensa Francesa sobre la base que la emergencia médica no llegaba a constituir una “imposibilidad material y absoluta” que a juicio del Tribunal constituía un requisito necesario para la existencia de la defensa

⁵⁰⁴) CIJ, Case concerning Gabcikovo-Nagymaros Project: Hungary v. Slovakia, (Merits), 1997, Rep. 7.

⁵⁰⁵) CIJ, Canal de Corfú, 1949, CIJ Rep. 4.

⁵⁰⁶) Rainbow Warrior Arbitration, Nueva Zelanda v. Francia, 1987, 26 ILM, p. 1346.

de fuerza mayor.

El peligro extremo es definido en el art. 24 PARE como aquella situación en la cual el autor del hecho “no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado”. Esta defensa cae en dos situaciones, a saber (i) si ha sido provocada en todo o en parte, por la misma conducta del Estado que la invoca; y (ii) en caso que sea probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.

En este tipo de situación siempre existe la posibilidad de elección. Es posible cumplir una obligación internacional al costo de sacrificar la propia vida o la vida de otros que se encuentran bajo la protección de quien actúa. En tanto es generalmente aceptado que una obligación internacional no debe ser observada al costo de una vida humana, la consecuencia lógica es que no existe otra alternativa para el autor más que incumplir la obligación internacional. En su comentario, la CDI brinda el ejemplo de una aeronave que entra sin permiso en el espacio aéreo de otro Estado a fin de salvaguardar la vida de sus tripulantes, o la entrada en un puerto extranjero de un buque militar sin autorización debido a una tormenta como sucedió en el caso *The Creole*.⁵⁰⁷

La determinación del estado de necesidad reconoce un criterio estricto conforme el DI consuetudinario: (i) deben existir circunstancias excepcionales de extrema urgencia; (ii) el *statu quo* anterior debe ser restablecido tan pronto como sea posible; y (iii) el Estado que lo invoca debe actuar de buena fe.

El art. 25 PARE define las condiciones necesarias para invocar el estado de necesidad. Un Estado puede valerse de esta defensa sólo si el acto en cuestión constituye el único modo de salvaguardar un interés esencial de tal Estado en una situación de peligro grave e inminente, considerando además que no debe afectarse gravemente un interés esencial del Estado respecto del cual existe la obligación o de la comunidad internacional en su conjunto.

Cassese enseña que la diferencia entre el peligro extremo y el estado de necesidad consiste en que mientras en el primero el acto ilícito se justifica por la necesidad urgente de salvar la vida de la persona que ejecuta el acto o de personas por las cuales el estado debe responder, el estado de necesidad se dirige a garantizar la violación de una norma de derecho internacional impuesta por la necesidad de prevenir un peligro serio para el propio Estado o su población.

En el caso **Gabčíkovo-Nagyymaros**⁵⁰⁸, Hungría alegó el estado de necesidad al suspender y abandonar los trabajos relativos a la construcción de una represa hidroeléctrica cuyo objeto es aprovechar las aguas del Danubio. La CIJ rechazó esta argumentación a partir de los requisitos

⁵⁰⁷) Yearbook ILC (CDI), II, First Part, 60, para. 131.

⁵⁰⁸) CIJ, Case concerning Gabčíkovo-Nagyymaros Project: Hungary v. Slovakia, (Merits), 1997.

establecidos en el PARE. Afirmó que Hungría no había probado la existencia de los peligros que invocaba, ni que los mismos fueran inminentes. Además, al momento de la suspensión de los trabajos, Hungría tenía a su alcance otras vías a fin de hacer frente a los peligros percibidos.

El estado de necesidad fue eficazmente invocado por el Reino Unido a fin de desguazar al Torrey Canyon, un buque de bandera liberiana que se encontraba encallado fuera de sus aguas territoriales pero constituía una amenaza de desastre ecológico.

El art. 26 determina que la ilicitud del acto de un Estado se excluye toda vez que tal conducta sea requerida por una norma imperativa de DI general.

III.2. Consecuencias

Todas las defensas analizadas excluyen la ilicitud del acto, pero no extinguen la obligación del Estado infractor. El art. 27 PARE contempla la situación en la cual aun cuando el acto en cuestión no es considerado ilegal, de todas formas el Estado se encuentra bajo la obligación de cumplir y/o compensar:

“La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud (...) se entenderá sin perjuicio de:

(a) El cumplimiento de la obligación (...) en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;

(b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.”

La exclusión de todo derecho a compensación para el Estado que soporta el daño puede entenderse en situaciones tales como cuando el Estado infractor actúa con consentimiento del afectado, o en defensa propia o ejecuta contramedidas, ya que en estos supuestos no habría en realidad violación del DI. En cambio, tanto el estado de necesidad como el peligro extremo, al brindar al menos teóricamente, una opción al Estado infractor, darían lugar a una compensación para el Estado afectado.

III.3. Responsabilidad por hechos lícitos

Un problema distinto de lo hasta ahora tratado surge cuando un Estado sufre un daño causado por una conducta internacionalmente lícita. Este tipo de responsabilidad estatal no se encuentra contemplado en el Proyecto de la CDI que venimos comentando.⁵⁰⁹ Sin embargo, en algunos casos, aun ejerciendo un derecho reconocido por el DI, el Estado puede encontrarse obligado a compensar las consecuencias de sus actos. Estas situaciones especiales de las cuales deriva una responsabilidad

⁵⁰⁹⁾ Si existen trabajos de la CDI referidos a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales derivadas de actividades que no son prohibidas por el DI.

estatal por actos lícitos se solucionan mayormente a través de normas convencionales. Por ejemplo, el art. 106 de la Convención sobre Derecho del Mar dispone:

"Cuando un buque o una aeronave sea apresado por sospechas de piratería sin motivos suficientes, el Estado que lo haya apresado será responsable ante el Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave de todo perjuicio o daño causado por la captura."

En el campo del derecho ambiental nos encontramos con varios ejemplos como los casos Trail Smelter, Fukuryu Maru y Cosmos.

En el caso **Trail Smelter** se afirma el principio referido a que ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir que su territorio sea usado de forma tal que cause daño en el territorio de otro.⁵¹⁰

En **Fukuryu Maru**, Estados Unidos compensa a Japón con 2 millones de dólares aunque jamás admitió su responsabilidad en los daños causados a la tripulación Japonesa del buque Fukuryu Maru, quienes habían sido afectados por un ensayo nuclear ejecutado más allá de las Islas Marshall.⁵¹¹

En 1978 el satélite Soviético **Cosmos 954** se desintegra sobre territorio Canadiense. Las autoridades Canadienses solicitan compensación por daños causados por restos radiactivos del artefacto. En 1981 la Unión Soviética acordó pagar una compensación de 3 millones de dólares Canadienses, sin admitir responsabilidad alguna en los daños producidos.⁵¹²

En DI, la responsabilidad por hechos internacionalmente lícitos sólo es admitida excepcionalmente, por lo cual deberá estar contemplada en textos precisos. En general se relaciona con daños producidos por actividades riesgosas.

La mayor parte de las convenciones que tratan actividades riesgosas imponen en cabeza del Estado la responsabilidad objetiva (*strict liability*, en inglés) pertenecen al campo de la energía o la exploración del espacio. Véase por caso, los daños causados por la utilización pacífica de la energía nuclear; o la contaminación por hidrocarburos.⁵¹³ Una excepción relevante parece estar constituida por la Convención sobre Responsabilidad Internacional por Daños causados por Objetos Espaciales (29/03/1972), que impone en su art. 2 una responsabilidad "absoluta" al Estado de lanzamiento, quien responderá por los daños causados por un objeto espacial suyo en la superficie de la Tierra o a las aeronaves en vuelo. La misma CDI ha venido trabajando desde 1978 sobre la cuestión de la responsabilidad por consecuencias dañosas nacidas de actos no prohibidos por el DI, proyecto

⁵¹⁰) Arbitraje de la Fundación Trail, 1941, Annual Digest 1938-1940, no. 104.

⁵¹¹) Treaties and other International Acts Series (United States), Settlement of Japanese Claims for Personal and Property Damages resulting from nuclear tests in the Marshall Islands, p. 3160.

⁵¹²) International Legal Materials, ILM 18, 1979, p. 899.

⁵¹³) En cuanto al uso pacífico de la energía nuclear, véanse las convenciones de 29/07/1960; 25/05/1962; 10/05/1963. En lo que hace a la contaminación por hidrocarburos, citamos la convención de 29/05/1969.

básicamente impulsado por la creciente preocupación internacional relativa a los daños ambientales transfronterizos, los cuales han logrado autonomía normativa.⁵¹⁴

IV. Contenido de la responsabilidad

IV.1. Reparación del daño: modalidades

La responsabilidad internacional de los Estados contiene elementos de la reparación civil del derecho interno, aun cuando no se asemeje enteramente. El art. 34 PARE sienta el principio general de la reparación integral ante un hecho internacionalmente ilícito, mencionando entre las formas que puede asumir tal reparación, a la restitución, la indemnización y la satisfacción, sea de manera única o combinada. En **Plataformas Petroleras**, la CIJ encontró que el Estado demandado había actuado ilegalmente pero no ordenó reparación alguna, ni siquiera simbólica en favor de la actora. El juez Kooyijmans fue especialmente crítico, afirmando en su disidencia:

“No posee precedente en la historia de ambas Cortes un reclamo que fuera rechazado mientras en el mismo párrafo pero más arriba se afirma que el Estado demandado actuó ilegalmente, aun cuando tal aserto no es determinante o aún relevante para el rechazo del reclamo. Este novum puede ser visto como sentando un precedente que en mi opinión es altamente peligroso desde que genera cuestiones relativas al alcance de la decisión la Corte, por ejemplo respecto de su carácter de res judicata.”⁵¹⁵

El Estado responsable se encuentra bajo distintas obligaciones. En primer lugar, debe cesar la comisión de la conducta dañosa. Segundo, debe ofrecer “seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen” (art. 30 PARE). Tercero, “está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado” (art. 31 PARE). Cuarto, si se negara a reparar o pagar una compensación conforme lo requiera el Estado afectado, conforme el art. 33 de la Carta ONU, deberá acceder de buena fe a realizar los intentos necesarios para solucionar pacíficamente la disputa.

La Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó en el caso de la **Fábrica de Chorzow**:

“El principio esencial contenido en la actual noción de acto ilegal – un principio que parece ser establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales –

⁵¹⁴) En este punto véase la tarea del Relator Especial Julio Barboza quien continuó la tarea de R. Quentin-Baxter: Reviewed the various liability regimes proposed by the Special Rapporteur in his previous reports. Addendum, Articles in order, reviewed what had been done and numbered the articles consecutively. Twelfth Report of the Special Rapporteur, Mr. Julio Barboza (48th session of the ILC (1996)). Véanse asimismo las resoluciones de la AG ONU Resolución 49/51 de 09/12/1994 (Requested the Secretary-General to update the survey of State practice relevant to international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law), A/CN.4/464, Add.1 y Add.2; y Resolución 50/45 de 11/12/1995 (Urged the Commission at its forty-eighth session to resume the work on the topic in order to complete the first reading of the draft articles relating to activities that risk causing transboundary harm), A/CN.4/472 y Add.1.

⁵¹⁵) CIJ, caso relativo a las Plataformas Petroleras, República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América, 2003, 42 ILM, p. 1334.

*es que la reparación debe, tanto como sea posible, limpiar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, hubiera existido si tal acto no se hubiera cometido. Restitución en especie, o si ésta no fuera posible, el pago de una suma correspondiente al valor de la restitución en especie; el valor, si correspondiera, de los daños por la pérdida soportada que no estuviera cubierta por la restitución en especie o el pago que la reemplazara. Estos son los principios que debieran servir para determinar el monto de la compensación debida por un acto contrario al derecho internacional.*⁵¹⁶

La elección de una forma particular de reparación varía dependiendo del contenido de la obligación que ha sido violada y la naturaleza del daño soportado. Comenta Cassese que el DI moderno establece una jerarquía entre las varias formas de realizar la reparación. En primer lugar, en caso de daños materiales, el Estado responsable debe restituir en especie tanto como sea posible. En **Fábrica de Chorzow**, la CPJI sentó el principio básico aún vigente en esta cuestión:

*“El principio esencial contenido en la actual noción de un acto ilícito (...) es que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que habría existido si tal acto no se hubiera cometido.”*⁵¹⁷

El principio de restitución en especie es el adoptado por la CDI en el PARE y constituye el principio general. En **Zonas Libres de Alta Saboya**,⁵¹⁸ la CPJI ordenó a Francia retirar su línea de aduanas y volver al status quo anterior, respecto del borde fronterizo. En **Templo de Preah Vihear**,⁵¹⁹ la CIJ ordenó a Tailandia devolver a Camboya ciertos objetos religiosos removidos ilícitamente del Templo en cuestión.

Según el art. 35 del PARE, la restitución significa:

“restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;*
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.”*

En segundo lugar, si la restitución en especie no fuera posible o lo fuera sólo parcialmente, entonces el Estado responsable deberá compensar al Estado afectado. El art. 36 del PARE establece:

“1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.”

⁵¹⁶) CPJI, 1928, Serie A, no. 17, p. 47.

⁵¹⁷) CPJI, Fábrica de Chorzow (indemnizaciones), Alemania v. Polonia, 1928, Rep. Ser. A No. 17, p. 47.

⁵¹⁸) CPJI, Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex Case, Francia v. Suiza, 1932, Rep. Ser. A/B No. 46.

⁵¹⁹) CIJ, Preah Vihear, Camboya v. Tailandia, 1962, Rep. 6.

La indemnización debe cubrir todos los daños cuantificables (*damnum emergens*) y en caso que fuera aplicable, cualquier pérdida de ganancias futuras (*lucrum cessans*). Conforme el art. 38(2), los intereses se adeudan desde que la suma principal es exigible hasta la fecha del pago efectivo.

El art. 39 establece que a los fines de la determinación de la reparación “se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.”

En tercer y último lugar, un ilícito que cause solamente un daño moral puede ser redimido a través de una “satisfacción” que bajo el art. 37 del PARE puede consistir en “un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada (inc. 2), añadiendo luego que la “satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable” (inc. 3).

En **Canal de Corfú**, la CIJ declaró que la operación de barrido de minas realizado por la Armada Británica en aguas territoriales albanesas constituyó una violación de la soberanía del país ribereño. La CIJ sostuvo que “esta declaración se realiza conforme el pedido realizado por Albania a través de su representante, y constituye en sí misma, una reparación apropiada”.⁵²⁰

De igual manera, Combacau-Sur consideran otras categorías tales como la rendición de honores a la autoridad lesionada; el pedido oficial de disculpas; eventuales sanciones internas a los agentes responsables del acto internacionalmente ilícito; o brindar seguridades respecto de la no repetición del acto lesivo.⁵²¹

⁵²⁰) CIJ Canal de Corfú, Sentencia 9/04/1949, Rep. 1949, 4, ps.35 y 36.

⁵²¹) Combacau Jean y Sur Serge, Droit International Public, 12 edición, LGDJ, Lextenso, Issy les Moulineaux, Francia, 2016, p. 530.

SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS

“Cuando me preguntaron sobre algún arma capaz de contrarrestar el poder de la bomba atómica yo sugerí la mejor de todas: la paz”.

Carlos Saavedra Lamas

Bisnieto del coronel Cornelio Saavedra, presidente de la Primera Junta de gobierno patrio establecida en 1810, Carlos Saavedra Lamas estudió Derecho en la Universidad de Buenos Aires (UBA), impartiendo posteriormente clases en ella y en la Universidad de La Plata (UNLP).

En 1915 fue diputado y Ministro de Justicia e Instrucción Pública y Ministro de Relaciones Exteriores (1932-1938). En este periodo presidió la Conferencia de Paz del Chaco, en la que participaron Brasil, Chile, Perú, Uruguay y los Estados Unidos, alcanzándose un acuerdo de armisticio que puso fin a la Guerra del Chaco (1932-1935).

En 1936 obtuvo el Premio Nobel de la Paz por su labor en pro de la paz en general, pero en particular por haber inspirado el Pacto anti bélico Saavedra Lamas, firmado por 21 naciones y que se ha convertido en un instrumento jurídico histórico internacional.

Carlos Saavedra Lamas fue presidente de la Asamblea de la Sociedad de Naciones y de la XI Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra (Suiza) en 1928. Fue un defensor de los derechos sociales, promovió la creación del Ministerio de trabajo y elaboró el Código Nacional de Trabajo en 1928. Años más tarde fue rector de la Universidad de Buenos Aires (1941-1943) y presidió la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Argentina.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Solución Pacífica de Controversias

Favio FARINELLA⁵²²

I. El recurso a la Paz y la solución pacífica de controversias

El DIPu reconoce desde su inicio la dicotomía entre cooperación y conflicto interestatal que marcará su desarrollo posterior. En este contexto se plantea la generación de normas mínimas a ser respetadas. La soberanía estatal era ya reconocida como uno de los pilares fundamentales del sistema y el recurso a la guerra, su evidencia más clara. En esta línea de pensamiento surgió la noción de “guerra justa”. La evolución se fue dando muy lentamente, y la historia se cobró un número incontable de víctimas hasta poder consagrar la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza como un principio del DI contemporáneo.

Junto con el desarrollo de leyes y usos de la guerra (*jus in bellum*) fue cobrando impulso la idea de prohibir el uso de la fuerza. Así, en 1945 la Carta de Naciones Unidas establece la prohibición del uso individual de la fuerza armada, a menos que sea en servicio del interés común. Entre sus propósitos se establece: (i) el mantener la paz y la seguridad internacionales; (ii) prevenir y eliminar las amenazas a la paz; (iii) suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos a la paz; junto con (iv) el arreglo pacífico de controversias. Se resalta, a su vez, la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en forma incompatible con los propósitos de la misma Carta. Fue ésta la primera vez que en un documento internacional multilateral se prohíben la amenaza y el uso de la fuerza.

⁵²²) En este capítulo colaboró María Manuela Onofri.

El siglo XX ve disminuir la relevancia jurídica del recurso a la fuerza (*jus ad bellum*), al tiempo que las reglas de los conflictos armados (*jus in bellum*) se consolidan con la codificación del Derecho de Ginebra -expresada en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977- y del Derecho de La Haya a través de convenciones que limitan los modos y medios utilizados por los Estados en los conflictos armados.

Es axiológicamente apropiado afirmar la prohibición del recurso a la fuerza como método de solución de controversias. La existencia misma de un derecho con pretensión de universalidad demanda que la fuerza sea utilizada como última *ratio* y en función del cumplimiento de decisiones colectivas, no individuales. La cooperación en la solución del conflicto cobra así el carácter de manda internacional, y se impone expresamente en el DI convencional.

II. Las diferentes vías: relaciones directas

Los Estados que mantienen un conflicto internacional cuentan con diversos medios para arribar a una solución conforme el principio de buena fe. El DI otorga preeminencia al acuerdo al que lleguen las partes en forma directa -negociaciones, consultas e intercambio de opiniones-. Lo fundamental de estos medios de solución de controversias es su flexibilidad y eficacia ya que dependen directamente de la voluntad de las partes. Desde la perspectiva de la diplomacia preventiva, evita que los conflictos surjan o escalen en intensidad. Las negociaciones directas entre las partes constituyen el primer medio para solucionar cualquier controversia, y se presenta en la mayoría de los tratados como paso inicial inexcusable para luego someter la cuestión ante un tercero ajeno al conflicto.

II.1. Negociación. El concepto de negociación subyace toda relación interpersonal, inter organizacional y aún entre Estados soberanos. Dentro de las relaciones directas que entablan las partes en conflicto, la negociación puede tener tanto el carácter de bilateral como multilateral o colectiva -como las intentadas dentro del marco de una organización internacional-. Este medio se presenta tanto a modo de prevención como de solución del conflicto, si el mismo ya ha surgido. Aquí se destaca el PARE⁵²³, antes mencionado, que propone un sistema para la celebración de consultas inter-partes, mencionando factores a tener en cuenta, como:

- (i) el grado de probabilidad del daño;
- (ii) la existencia de medios para evitar tales daños;
- (iii) la posibilidad de desarrollar la actividad riesgosa y lícita en otro ámbito territorial;
- (iv) la viabilidad económica de la empresa, relacionando los ingresos con los costos

⁵²³) CDI, Doc. AG Res. 56/83.

preventivos;

(v) los beneficios e inconvenientes sociales derivados.

El PARE brinda además pautas de diálogo para el inicio de negociaciones.

Como la duración de las negociaciones no puede ser indefinida, surge el concepto de “fracaso” de la negociación, entendido como “el momento en que una de las partes declara tajantemente que no puede ceder o se niega a ceder”, y entonces no cabe duda que la controversia no se resolverá mediante negociaciones diplomáticas.

La realidad internacional fuerza a que los representantes nacionales en cualquier instancia deban ser verdaderos profesionales de la negociación, lo cual lleva a considerar la preparación y capacitación constante de cuadros negociadores en cada administración pública nacional como requisito básico de las relaciones internacionales. Las crisis internacionales provocadas por los conflictos externos e internos, como las cuestiones económicas o la situación de refugiados y migrantes por citar dos ejemplos básicos, requieren de experiencia profesional.

II.2. La investigación. En determinadas situaciones pueden surgir diferencias de opinión respecto de cuestiones de hecho. Es aquí donde las partes en conflicto pueden convenir recurrir a la investigación, medio que supone la creación de una comisión, compuesta generalmente por miembros de ambos Estados, junto a una presidencia neutral y elegida en forma conjunta. En otras oportunidades, el recurso a organismos colectivos regionales es la adecuación posible.

En numerosos documentos internacionales, los términos “investigación”, “determinación de hechos” y “encuesta” son utilizados en forma intercambiable. Como medios utilizados por los investigadores, destacan la audiencia de las partes, el examen de testigos o las visitas sobre el terreno donde ocurren los hechos controvertidos. La investigación concluye con un informe que es presentado a las partes u órganos que la iniciaron. Si bien el mismo no reviste carácter vinculante, sirve a los efectos de un amplio y acabado asesoramiento imparcial.

Por último, hay situaciones donde el nivel de tensión alcanzado por el conflicto hace imprescindible la participación de un tercero neutral y confiable. El grado de poder decisorio otorgado a ese tercero varía según el método adoptado -recibiendo el nombre de buenos oficios, mediación, conciliación, arbitraje y finalmente la decisión judicial-.

II.3. Los buenos oficios y la mediación. Tanto los buenos oficios como la mediación implican el primer paso de la participación de terceros ajenos al conflicto, quienes con base en la confianza que merecen de las partes, ponen a disposición, sus facultades diplomáticas a fin de acercarlas.

Normalmente, el tercero trata de alentar a las partes a reanudar las negociaciones, ofreciendo diferentes cauces de comunicación a partir de sus buenos oficios. En otras, va más allá del simple rol de intermediario, efectuando propuestas y reuniones con las partes, cumpliendo el rol de mediador. El mediador concilia las pretensiones opuestas y apacigua los resentimientos que puedan haberse producido, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable para ambas partes. La confianza de las partes es determinante, pudiendo depositarla tanto en una persona física como jurídica -un Estado, un grupo de ellos, una organización internacional, etc.-.

Según Díez de Velasco, en los buenos oficios, la intervención del tercero se limita a acercar a las partes en disputa, sin participar en las negociaciones. En la mediación, el mediador además del acercamiento, colabora activamente en las negociaciones. Su papel consiste en “conciliar las pretensiones opuestas y en apaciguar los resentimientos que puedan haberse producido”⁵²⁴, “evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable”⁵²⁵. En ambas hipótesis, el tercero carece de autoridad política o jurídica; su poder sólo resulta de la confianza y respeto recíproco inspirado a las partes.

Existen ejemplos claros y exitosos a escala internacional. Por ejemplo, en 1947 en la cuestión de Indonesia, el CS ONU ofrece sus buenos oficios a ese país y a los Países Bajos; en 1956, el Secretario General ONU ofrece sus buenos oficios en la cuestión de Palestina, como también ocurrió en Timor Oriental; las islas Falkland-Malvinas, el Sahara Occidental, la isla de Mayote en las Comoras, Namibia, y aún en las situaciones de conflicto armado en América Central. En nuestro exclusivo ámbito, podemos recordar la aceptación de Argentina y Chile, a través del acuerdo firmado en Montevideo en 08/01/79, en relación con la aplicación del laudo del Canal de Beagle de 1977, nombrándose a tal fin, al cardenal Antonio Samoré.

El resultado final de ambos métodos posee el carácter de consejo, sin fuerza vinculante, a menos que las partes decidan lo contrario. Estos medios pacíficos, no se agotan en sí mismos, sino que pueden guiar a otros, como posteriores negociaciones directas o la solución arbitral.

II.4. La conciliación. La conciliación supone un paso más en el poder decisorio otorgado a un tercero, combinando las ventajas de la investigación, desde que brinda un informe sobre los hechos, y la mediación, al proponer vías alternativas de solución. Tiene por objeto proponer una solución, luego del examen de las controversias y la fijación de los puntos de derecho. Este procedimiento ha tenido un desarrollo particular dentro del DIPu, habiéndose aprobado la Resolución AG Normas sobre el Procedimiento de Conciliación Internacional⁵²⁶.

⁵²⁴) Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, art. IV.

⁵²⁵) Tratado Americano de Soluciones Pacíficas, conocido como Pacto de Bogotá de 1948, art. XII.

⁵²⁶) AG ONU, Resolución 50/50, 29/01/1996. El Instituto de Derecho Internacional la aprueba en fecha 11/09/1961.

Existe actualmente una tendencia, liderada por documentos como la CVDT de 1969 y la Convención de Jamaica sobre Derecho del Mar de 1982, que procura convertir el recurso a este procedimiento en obligatorio. La duración estimada para la función de la Comisión Conciliadora creada por la Resolución mencionada, gira alrededor del año, culminando con recomendaciones no vinculantes. Así, la Comisión de Conciliación está facultada para (i) examinar cuestiones de hecho o derecho; (ii) ordenar el cese de medidas adoptadas por las partes; (iii) ordenar medidas cautelares; (iv) determinar los hechos, incluida la visita in loco; y (v) efectuar una recomendación final. El PARE prevé este medio como paso inicial antes del arbitraje y del recurso jurisdiccional ante la CIJ. Un antecedente destacable en la utilización de este medio fue el procedimiento conciliatorio en la controversia de la isla de Jan Mayen⁵²⁷, caso en el que se recomendó un acuerdo de desarrollo conjunto para una zona con perspectivas de producción de hidrocarburos; y también en la cuestión de la distribución de los activos conjuntos de la Comunidad del África Oriental, luego que esta asociación económica fuera disuelta.

II.5. El recurso al arbitraje. Los tribunales arbitrales constituyeron la primera vía utilizada por el sistema de seguridad colectiva. Siendo su jurisdicción de carácter voluntario, implica el sometimiento directo de las partes a un tercero imparcial, al cual se inviste de poder decisorio para emitir un laudo definitivo y obligatorio que ha de poner fin al conflicto. En general, las tres etapas en que este procedimiento generalmente se divide –consenso para elegirlo como medio; consenso para seleccionar a sus miembros y consenso para presentar las posiciones–, se nota la esencialidad de la voluntad de las partes para arribar a un acuerdo. Este imprescindible “consenso” asegura un control más cercano de los actores sobre el proceso al cual se someten, ya que en ellos recae la elección de los árbitros, el procedimiento a seguir y el derecho aplicable. Constituido el Tribunal, las partes son representadas por agentes, y la decisión recae en un laudo, en general inapelable y de carácter vinculante.

Como vemos en el capítulo dedicado al derecho económico internacional e integración regional, el arbitraje es el medio elegido para solucionar controversias tanto en los bloques económicos regionales como en el sistema de la Organización Mundial de Comercio.

II.6. El arreglo judicial. El arreglo judicial como medio implica recurrir a un órgano judicial existente dentro del sistema regional o internacional en el cual se suscita la controversia. Ya dimos

También el Proyecto de Normas sobre responsabilidad de los Estados, informe de la CDI de ONU hace referencia a ella. Doc. A/48/10, páginas 110 a 113, NY, 1993.

⁵²⁷) CIJ, Caso relativo a la delimitación marítima de la zona situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca v. Noruega), Fallo de 14/06/1993.

cuenta que en el sistema de la ONU, el acceso a la jurisdicción de la CIJ está permitido tanto para Estados miembros como para aquellos que no revistan tal calidad, cumpliendo ciertos requisitos. Vimos también que el acceso a la jurisdicción de la CIJ es siempre voluntario, sea en base a un acuerdo -en forma conjunta o consecutiva- de las partes; derivar de un Tratado anterior; o bien basarse en la declaración de aceptación voluntaria de jurisdicción obligatoria que establece el Estatuto, que puede revestir los caracteres de incondicional, recíproca o de plazo determinado. Tanto su competencia jurisdiccional como sus normas de procedimiento están preestablecidas, su fallo es definitivo y obligatorio para las partes, existiendo una fase escrita y otra oral y permitiéndose el acceso de terceros Estados en el proceso, si demuestran poseer un interés que pueda verse afectado por el fallo.

La vía jurisdiccional implica ciertamente la reducción de la autonomía de las partes, en relación con los demás métodos. Sin embargo, ayuda al desarrollo de una jurisprudencia internacional además de proveer un fallo obligatorio que viene avalado por la comunidad internacional y cuyo incumplimiento podría fundamentar la amenaza o uso de la fuerza colectivos. Dentro de la órbita internacional se han creado tribunales específicos en relación a cuestiones vinculadas con los derechos humanos, como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tribunales ad-hoc de derecho penal internacional, y Corte Penal Internacional de carácter permanente. En el ámbito del derecho del mar, existe el Tribunal Internacional del derecho del Mar.

III. Caracteres comunes de la solución pacífica de controversias

Existen pautas que se repiten sistemáticamente en los capítulos específicos de todo documento internacional destinados a la solución de controversias. Las mismas evidencian una tendencia respecto de la forma en que los Estados se encuentran dispuestos a delegar atribuciones soberanas a fin de resolver una crisis internacional o establecer vínculos de cooperación más estrechos.

En primer lugar, existe una apuesta al diálogo directo entre las partes en conflicto. Los terceros -en los casos en que son llamados a actuar- deben utilizar como guía las normas internacionalmente establecidas, a fin de arribar a una solución amistosa en el marco del respeto del DI general.

En segundo lugar, destaca la facilidad establecida para que terceros ajenos al conflicto colaboren en una solución pacífica, ayudando a retomar el diálogo o realizando propuestas no vinculantes. En especial, debemos mencionar el rol cumplido por las organizaciones internacionales. Los intereses

nacionales de cada Estado juegan un rol preponderante con lo cual la participación de organizaciones internacionales, agrega el elemento de justicia a fin de equilibrar las pretensiones. Existe una tendencia en los documentos internacionales recientes, hacia la regionalización y/o internacionalización de la solución del conflicto. Aplicándose el art. 52 de la Carta ONU, se prioriza la actividad de los organismos regionales, y de fracasar ésta, intervienen los órganos de Naciones Unidas. La internacionalización de la solución de la crisis trae aparejada una visión global de la misma, impidiendo que los Estados involucrados avancen más allá de lo conveniente, y viéndose presionados a medir sus conductas.

Una tercera característica consiste en los términos perentorios establecidos en los documentos internacionales, a fin de solucionar la crisis o bien, eliminar pasos estériles. Cada etapa y medio previsto, tiene asignado un determinado período de tiempo para su sustanciación, pasado el cual se habilita a cualquiera de las partes a instar el medio pacífico previsto en forma subsiguiente.

En cuarto lugar mencionamos el derecho aplicable en los casos en que se faculta a un tercero a decidir la cuestión. Aquí se privilegia el instrumento escrito que sirve de base para la cuestión litigiosa, junto con otros instrumentos jurídicos derivados. El DI general se utiliza supletoriamente.

En quinto lugar, en cuanto al cumplimiento de la decisión a la que se arriba, la tendencia mundial privilegia la garantía de cumplimiento a cargo de la comunidad internacional. En este sentido, el CS ONU podría considerar que el incumplimiento de una medida dictada con carácter definitivo tras un proceso de solución pacífica de controversias, pone en peligro la paz y la seguridad internacionales, y, en consecuencia, decidir medidas conforme los arts. 41 y 42 Carta ONU.

IV. Naciones Unidas y las Operaciones de Mantenimiento de Paz

El mantenimiento de la paz ha demostrado ser una de las herramientas más eficaces con que cuenta la ONU a fin de ayudar a los Estados a transitar el camino del conflicto hacia la paz. Posee ventajas singulares, como la legitimidad, la distribución de la carga y la capacidad de desplegar y mantener efectivos militares y policiales en cualquier lugar del mundo, integrándolos con el personal civil, a fin de ejecutar mandatos multidimensionales.⁵²⁸ El personal de mantenimiento de paz de la ONU inspira seguridad y aporta los apoyos políticos y de consolidación de la paz necesarios para ayudar a los Estados y sus sociedades a transitar los tiempos de conflicto hacia otros de paz.

⁵²⁸) Véase el documento United Nations Peacekeeping Operations, Principles and Guidelines, en https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/capstone_eng_0.pdf (disponible a septiembre de 2019)

Como la Carta ONU no califica lo que debe entenderse por formas de mantenimiento de la paz, la práctica habilitó un concepto flexible a fin que se adapte como respuesta a cada crisis. En toda operación, la fuerza es siempre utilizada en forma pasiva, a fin de responder legítimamente a las agresiones sufridas. Los presupuestos que gobiernan las operaciones de mantenimiento de paz son (i) el consentimiento de las partes en pugna o del Estado en cuyo territorio se despliegue la operación; (ii) imparcialidad; (iii) no uso de la fuerza, salvo la autodefensa y defensa del mandato. Los mencionados pertenecen a las operaciones clásicas. Las llamadas “de segunda y tercera generación”, sólo conservan algunos de ellos. En relación con el consentimiento, el pedido de auxilio internacional o al menos el previo consentimiento de los Estados involucrados, puede ser exceptuado en casos en que no se conoce a la autoridad legítima o bien el poder *de jure* se encuentra acéfalo. En esta situación, necesitan un previo aval del CS ONU y la posterior cooperación brindada por los Estados, que deben contribuir con tropas, logística y apoyo económico.

El mantenimiento de la paz es un mecanismo flexible y en el siglo XXI se ha desplegado siguiendo diferentes configuraciones. En su versión clásica, su propósito principal consistió en la mera observación de un temporario alto al fuego o bien la supervisión del cumplimiento de acuerdos de paz. A estos objetivos que constituyeron su primer cometido, se le han agregado otras funciones. Las misiones aumentan drásticamente desde el final de la guerra fría. Así, la constante dinámica de la política internacional originó una segunda y aún tercera generación de operaciones de mantenimiento de la paz. Hacia 2019 existen 15 operaciones de mantenimiento de la paz de la ONU desplegadas en cuatro continentes.

Los objetivos de las actuales operaciones multidimensionales de mantenimiento de la paz son no solo mantener la paz y la seguridad, sino también facilitar procesos políticos, proteger a los civiles, ayudar a los excombatientes a reinsertarse en la vida civil, apoyar la organización de procesos electorales, proteger y promover los derechos humanos y ayudar a restablecer el estado de derecho. Así, la segunda generación de operaciones agrega al rol de observador pasivo y facilitador de acuerdos de paz, la permanencia en el territorio con el objetivo de ayudar en la construcción de la paz, colaborando en la reorganización de las instituciones básicas que todo Estado precisa para funcionar.

La llamada tercera generación se caracteriza como aquella en la que el uso de la fuerza cumple un rol activo, dirigido a imponer el cumplimiento de decisiones dictadas por el CS ONU.

El éxito de las operaciones de mantenimiento de la paz nunca está garantizado, ya que los entornos en los que las operaciones tienen lugar son los más difíciles desde el punto de vista físico y político.

V. Análisis de situaciones

V.1. Los medios pacíficos de solución de diferencias: el conflicto del canal de Beagle entre Argentina y Chile

En el año 1971 Argentina y Chile firman en Londres un compromiso arbitral dirigido a someter su diferendo en torno de las islas Picton, Lennox y Nueva y las islas e islotes adyacentes, cuya soberanía se encontraba en disputa entre ambos. Para resolver el conflicto, ambas partes convienen en reconocer la aplicación del Tratado General de Arbitraje de 1902, que establecía un procedimiento en el que participarían cinco miembros integrantes de la CIJ designados por el gobierno británico.

Luego de seis años de estudio y análisis de la cuestión, la Corte Arbitral decidió por unanimidad que las islas serían de soberanía chilena, y así fue notificado. Frente a esta situación, la Argentina rechazó de manera unilateral el laudo arbitral invocando vicios que, a su entender, lo invalidaban, declarándolo nulo. Por su parte, Chile optó por comenzar a adoptar diversos actos internos para dar ejecución a la sentencia, tales como el establecimiento de puestos de vigilancia, designación de alcaldes del mar y delimitación de líneas de base recta de los puntos extremos del cabo de Hornos y las costas de las islas e islotes que se habían reconocido bajo soberanía chilena hasta el punto XX, es decir, el punto marítimo límite Este, fijado en la sentencia arbitral.

Ambos Estados intentaron una serie de negociaciones (i) en Puerto Montt (sistema de negociaciones bilaterales de tres fases con la intervención de Comisiones Mixtas); (ii) la propuesta del Ministro de Relaciones Exteriores chileno Carvajal, de tratar la cuestión ante la CIJ; y (iii) negociaciones bilaterales, sistema planteado por Argentina.

El fracaso de estos intentos llevó a una situación de tensiones crecientes, llegando ambos Estados a movilizar sus fuerzas militares. En este contexto, los Estados convienen en solicitar una mediación papal, difiriendo en cuanto a las condiciones: Chile pretendía arribar a una solución sin condiciones previas, al contrario de Argentina, que pretendía incluir un régimen para las islas cuestionadas, para la zona de mar territorial y para la explotación común de la zona marítima de 200 millas. Este desacuerdo aumentó las tensiones y se generó una movilización de tropas, despliegues militares y cierres de fronteras. Ambos países recurrieron a la comunidad internacional, incluyendo el CS ONU, la OEA, el TIAR, e incluso, el Presidente Carter de Estados Unidos. El cardenal Antonio Samoré fue encargado de una misión inicial de buenos oficios para acercar a las partes. Su labor terminó con dos acuerdos llamados de Montevideo, firmados simultáneamente el 8/01/1979. Uno de ellos consistía en un pedido de mediación de Argentina y Chile al Papa Juan Pablo II, en el cual ambos solicitaban que los encaminase en sus negociaciones, haciéndolo sin condiciones previas y

de buena fe. En el II Acuerdo se comprometieron a no recurrir al uso de la fuerza.

Tras arduas negociaciones, en una reunión conjunta, el 12/12/1980, Juan Pablo II recibió a las delegaciones de Argentina y Chile, bajo la presidencia de los ministros de Relaciones Exteriores respectivos, con el fin de presentarles y entregarles la “Propuesta del mediador, sugerencias y consejos”. Su contenido era desconocido por las delegaciones y los gobiernos. Fue presentada cuando el acuerdo sobre cuestiones esenciales de la controversia distaba de ser logrado. El Papa entendía que su misión no podía limitarse simplemente a dirimir esa cuestión, sino que era necesario incluir a esa situación dentro de un campo más amplio de paz, integración y cooperación, elaborando un sistema de solución pacífica de controversias en el marco de un Tratado de Amistad Perpetua.

V.2. Controversias relativas a inversiones extranjeras: Argentina y el CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en mas), es una institución creada para arbitrar conflictos entre un Estado y nacionales (inversores) de otro Estado. Fue creado por el Convenio de Washington del año 1965, tiene como objetivo brindar seguridad jurídica a los capitales de inversión internacionales y cuenta con 162 Estados ratificantes.

Para comprender su tarea, es relevante conocer el contexto histórico mundial que lo originó. Los procesos de descolonización de la década de 1960 generaron nuevos debates. Entre ellos, los estándares de tratamiento a capitales extranjeros, las consecuencias del ejercicio del derecho de expropiación por parte de los nuevos Estados frente a inversores extranjeros y la eventual protección diplomática. Los nuevos Estados necesitaban recibir ayuda económica y financiera extranjera para su desarrollo. Estos jóvenes Estados fueron logrando reconocimiento en el ámbito de Naciones Unidas, consiguiendo el dictado de resoluciones que receptaron sus posturas.

Históricamente, América Latina se resistió a aceptar al arbitraje como medio de resolución de controversias. Basta con recordar las doctrinas Calvo y Drago para resumir la postura reinante en la región. Carlos Calvo planteaba la no intervención diplomática por parte de los Estados en protección de sus nacionales por daños causados a sus personas o patrimonio, atribuidos a las autoridades de las colonias. Esta línea de pensamiento se tradujo al arbitraje de inversión en el sentido de entender que los Estados no debían someter a este medio los casos relacionados con inversiones extranjeras. Esta doctrina se vio reforzada por el anuncio del 29/12/1902 efectuado por el Ministro de Relaciones Exteriores argentino, Luis María Drago, quien postuló que “ningún Estado extranjero puede utilizar la fuerza contra una nación americana con la finalidad de cobrar

una deuda financiera”. Esta declaración fue hecha en el contexto del bloqueo naval contra Venezuela por el conflicto en la región de Esequibo, asunto en el cual se dictó un fallo sujeto a numerosas críticas por haberse negociado secreta y discrecionalmente.

Sin embargo, esta posición renuente al arbitraje no duró más que unas décadas. En 1962 Ecuador ratificó un instrumento contrario a esta línea de pensamiento latinoamericana: la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Nueve años después México se sumó. Otro avance en la recepción de este medio fue la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

En la segunda mitad de la década de 1950 comenzó a utilizarse en la práctica internacional la celebración de tratados entre Estados que se comprometían a garantizar estándares recíprocos de tratamiento a los inversores nacionales del otro Estado contratante. Así se celebró, en 1959, el primer TBI (tratado bilateral de inversión). Los TBI fueron, en principio, pensados para celebrarse entre Estados desarrollados y otros en vías de desarrollo, quienes garantizaban un trato preferencial. Estos tratados proliferaron y pasaron a regir relaciones entre todo tipo de Estados, en gran parte por la necesidad de garantizar inversiones.

Ya en el análisis del Convenio CIADI, respecto de la jurisdicción *ratio personae*, el art. 25 del Convenio especifica que el Centro entenderá en conflictos entre un Estado contratante o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante, y el nacional de otro Estado Contratante.

La jurisdicción *ratio materiae*, en cambio, abarca las diferencias de naturaleza jurídica. No se pensó para conflictos de carácter político, sino específicamente para cuestiones legales que surjan directamente de una inversión. Debe existir un vínculo entre la disputa y la inversión, y esta última no es definida por la Convención, pero si las partes acuerdan someter los desacuerdos que pudieran surgir entre ellas al CIADI, ya estarían calificando su negocio jurídico como inversión, por lo que no se tornó conflictiva la ausencia de calificación expresa. Además, la mayoría de los TBI han ido definiendo de manera amplia el concepto de inversión, y la jurisprudencia del CIADI la ha caracterizado como aquella que implique: (i) prolongación en el tiempo; (ii) riesgo para el inversor; (iii) aporte de capital; (iv) generación de ganancias y (v) desarrollo económico del Estado receptor, entre las principales.

El consentimiento en someter una determinada cuestión al CIADI debe expresarse por escrito tanto por el Estado contratante como por el del inversor. La mera ratificación del Convenio de Washington no implica el consentimiento requerido en el art. 25 del Convenio. Resulta de interés

destacar que el procedimiento arbitral del CIADI es un sistema cerrado, localizado. Toda la vida del proceso se lleva a cabo con total desvinculación del sistema doméstico estatal. Esta es una diferencia respecto del arbitraje comercial, el cual, al ser atacado de nulidad, pasa a ser resuelto por el Poder Judicial del Estado correspondiente. En el ámbito del CIADI, de alegarse la nulidad, entra en escena una comisión Ad-hoc, constituida devun listado de árbitros del Centro, y se resuelve conforme las reglas del arbitraje del CIADI.

El art. 26 dice, al respecto, que “salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”. Esto abarca también a las medidas cautelares, salvo que se hubiere determinado lo contrario. Dando fuerza a la idea plasmada en el art. 26, el siguiente estipula que:

“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.”.

En otras palabras, los Estados ratificantes de Washington se encuentran obligados, en caso de someter algún diferendo al CIADI, a no ejercer el derecho de protección diplomática, salvo que el Estado parte en la diferencia se niegue a cumplir el laudo o dejare de cumplirlo.

Las decisiones políticas y económicas tomadas por los gobiernos argentinos en las últimas décadas han hecho que Argentina sea el Estado más demandado a nivel mundial, por parte de inversores extranjeros ante el CIADI. Para entender suscintamente las razones de las numerosas demandas basta con hacer hincapié en tres cuestiones:

- (i) las políticas promovidas en la década de 1990 tenían como objetivo que inversores extranjeros decidieran colocar su capital en la Argentina, participando de procesos de privatización de servicios públicos. Para este fin se recurrió a cláusulas de dolarización de tarifas, indexación, actualización, entre otros métodos;
- (ii) en 2002 se dicta la ley 25.561 declarando la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. El texto dejó sin efecto las cláusulas que ataban las tarifas de los servicios públicos a las variaciones de la moneda estadounidense. Esto fue considerado como una expropiación por parte de los inversores, quienes se vieron afectados en su rentabilidad,
- (iii) estos cambios llevaron inevitablemente a que numerosos inversores incoaran demandas ante el Estado argentino basándose en la violación de la garantía de procedimientos legales en caso de

expropiación, tales como la declaración por ley de un propósito público, no discriminatorio, respeto del debido proceso y la previa compensación económica.

Eventualmente, la gran mayoría de esas demandas no prosperaron ya que al resolver, los árbitros tuvieron en cuenta la realidad argentina, la verdadera emergencia, y también entendieron que la ley 25.561 no impidió, en gran parte de los casos, que los inversores continuaran generando ganancias.

V.3. Las operaciones de mantenimiento de la paz

Si bien el análisis casuístico lleva a concluir que no ha habido dos operaciones iguales, la evolución histórica del instituto evidencia el aumento de actividad en personal, medios y responsabilidades. Dentro de las principales⁵²⁹, mencionamos:

- (i) el conflicto árabe-israelí incluyó diversos despliegues de fuerzas en la región, desde la primera misión -ONUVT (Organismo de las Naciones Unidas para la Vigilancia de la Tregua en Palestina)-, pasando por la observación hasta el mantenimiento de la paz;
- (ii) la crisis coreana significó la respuesta del CS al accionar individual de los Estados Unidos, deteniéndolo con el dictado de una recomendación que solicitaba a los Estados Miembros la provisión de fuerzas militares bajo un mando unificado en los mismos EEUU, pero bajo la bandera de las Naciones Unidas;
- (iii) en Chipre el CS recomienda el establecimiento de la UNFICYP (*United Nations Keeping Force in Cyprus*), con la orden de realizar sus mejores esfuerzos tendientes a prevenir el reinicio de hostilidades, y contribuir al mantenimiento de la ley y el orden.
- (iv) en Namibia el establecimiento de la UNTAG (*United Nations Transition Group*) tuvo por objeto la supervisión del Plan de Independencia. La misión monitoreó el desmantelamiento de tropas y policía sudafricanas, aseguró la derogación de las leyes de discriminación, la liberación de prisioneros y detenidos, favoreció el retorno de refugiados, registró a los votantes y supervisó y controló el proceso electoral;
- (v) la asistencia brindada en El Salvador constituye un ejemplo de operación de construcción de la paz (segunda generación) tras el conflicto armado. La ONUSAL (*United Nations Observer Mission in El Salvador*) se centró en la democratización del sistema salvadoreño y la promoción de la reconciliación nacional;
- (vi) como ejemplo de la tercera generación de operaciones de mantenimiento de paz, se cita a la anexión de Kuwait realizada por Iraq, que condujo a la aplicación de sanciones económicas y

⁵²⁹) Puede consultarse aquí una línea cronológica de las operaciones de mantenimiento de la paz https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/180413_unpeacekeeping-operationlist_2.pdf (disponible en septiembre de 2019).

militares. Con la previa autorización del CS, las fuerzas armadas de los Estados cooperadores iniciaron sus ataques contra Iraq. El CS fijó las condiciones de cese del fuego enviando una misión de observación -la UNIKOM (*United Nations Iraq-Kuwait Observation Mission*)-, cuyo mandato fue ampliado, incluyendo la capacidad de tomar acciones a fin de prevenir o terminar con violaciones en pequeña escala tanto en la zona desmilitarizada como en la línea de frontera y posteriormente colaborar en la reconstrucción del país;

(vii) el caso haitiano ejemplifica al accionar conjunto de organizaciones supraestatales: la ONU y la OEA. Aquí se encontraron la Misión Civil Internacional Conjunta de NNUU y la OEA, a la cual se agrega posteriormente la misión UNMIH (*United Nations Mission in Haiti*) de ONU, que no pudo acceder al país, razón que motivó el retiro de la primera. La crisis tuvo visos de solución hacia 1994, cuando tras un sinfín de negociaciones incumplidas, el CS autoriza a los Estados miembros a conformar una fuerza multinacional y hacer uso de todos los medios necesarios a fin de lograr la partida de los militares, favoreciendo el retorno del Presidente Aristide y el restablecimiento del gobierno legítimo. En forma concomitante, se extiende el mandato de la UNMIH a fin de asistir al gobierno democrático, en mantener la seguridad, proteger al personal internacional, profesionalizar las fuerzas armadas y crear una fuerza de policía separada, conduciendo en definitiva a libres y justas elecciones. Es la única operación vigente en América a septiembre de 2019 y su nombre actual es el de Misión de las Naciones Unidas de Apoyo a la Justicia;

(viii) en Guatemala, se establece una misión cuyo cometido es el de clarificar las violaciones ocurridas a los derechos humanos, y también los actos de violencia cometidos contra el pueblo guatemalteco, desde el inicio del conflicto interno en 1990. Su otra función fue la de establecer la paz, ayudando en el fortalecimiento de la democracia en el país.

A través de los ejemplos citados, vemos que además del crecimiento cuantitativo, sus objetivos se confunden en la asistencia de las víctimas, el respeto y el afianzamiento de los derechos humanos y la reconstrucción de las instituciones.⁵³⁰

La intervención en forma de misión internacional para los objetivos de “*peace-setting, making and building*”, existe normativa y sociológicamente, y se torna cada vez más recurrente. La causa es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, conceptos tan discutibles como casuísticos, y por lo tanto, eventualmente peligrosos para las comunidades asistidas.

⁵³⁰) Las operaciones de mantenimiento de la paz en curso pueden verse en el siguiente link <https://peacekeeping.un.org/es/where-we-operate> (disponible a septiembre de 2019).

USO DE LA FUERZA

“La guerra no es simplemente un acto político, sino un verdadero instrumento político, una continuación de las relaciones políticas, una gestión de las mismas con otros medios”.

Karl von Clausewitz

Karl Philipp Gottlieb von Clausewitz (1780-1831) fue un militar prusiano, uno de los más influyentes historiadores y teóricos de la ciencia militar moderna. Es conocido por su tratado *De la guerra*, donde analiza los conflictos armados, desde su planteamiento y motivaciones hasta su ejecución. Su filosofía indica que la estrategia y la conducción política tratan de dirigir e instrumentar una tendencia a la violencia preexistente. Sostenía que aun cuando un conflicto se iniciara sin esa base emocional, su desarrollo necesariamente influiría en tal plano.

Von Clausewitz concebía la guerra como una empresa política esencial, sin desconocer su brutalidad. Por eso, consideraba que todos los recursos de una nación deben ponerse al servicio de la guerra cuando se decide su ejecución.

Representa la visión del Estado nación del DI clásico y del uso de la fuerza como una atribución esencial del mismo que emana de su soberanía.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Uso de la Fuerza

(Libre Determinación y la cuestión Malvinas - Falkland)

Favio FARINELLA

I. El uso de la fuerza en el derecho internacional

Los redactores de la Carta de la ONU tuvieron dos objetivos claros respecto del uso de la fuerza: (i) prohibir el uso unilateral; y (ii) centralizar su control en el CS ONU. El art. 2(4) de la Carta ONU refleja ciertos principios fundantes sobre los cuales descansa la paz y seguridad internacionales y el sistema de seguridad colectiva. La regla general afirmada es la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza. Existen tres excepciones básicas:

- (i) la legítima defensa;
- (ii) la autorización brindada por el CS en el marco del Capítulo VII de la Carta; y
- (iii) el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos.

Con independencia de las tres excepciones referidas, existen amplias zonas grises respecto de la legalidad de la amenaza y uso de la fuerza. En ellas la controversia es la regla.

Una cuestión latente es la calificación de “fuerza” que algunos identifican exclusivamente con fuerza armada, mientras otros optan por incluir situaciones de dominación o coacción no armada. La consecuencia es relevante ya que el uso ilegal de la fuerza habilita -para quienes apoyan una concepción amplia- el ejercicio del derecho a la autodeterminación. Otra controversia es la relativa a la legalidad de la amenaza o uso de las armas nucleares. Además, continúan generando opiniones dispares respecto a su calificación como uso de la fuerza, cuestiones tales como los bloqueos económicos o la degradación y contaminación ambientales como arma utilizada durante un conflicto armado. Hoy incluso con el avance de las NTIC, podemos agregar otros potenciales usos de la fuerza como las ciberoperaciones ofensivas y defensivas.

Analizamos en primer lugar, la evolución que culmina con la prohibición general del uso de la fuerza interestatal en el sistema internacional. Luego, comentamos cada una de las excepciones al principio general y finalmente, repasamos las cuestiones controvertidas.

II. De la soberanía ilimitada a la prohibición del uso de la fuerza

La idea de la libertad frente a cualquier coacción externa ha sido un tema persistente en el DI. La obligación legal de no interferir en los asuntos de otros Estados sumó a la idea que todo Estado debe ser dejado en libertad de decidir sus propias metas políticas, económicas y sociales. Fue éste uno de los axiomas que sostuvo la paz durante la guerra fría y del cual se beneficiaron tanto revolucionarios como reaccionarios.

El derecho de las naciones de usar la fuerza en sus relaciones recíprocas en el marco de ciertos límites, se extiende a la antigüedad y tal vez a la totalidad de las culturas que han forjado la historia humana. La sola mención de un derecho a usar la fuerza implica que tal uso se encuentra limitado por la ley internacional.

Luego de 1945 la Paz se convirtió en el objetivo supremo del sistema internacional y los Estados decidieron auto limitar su soberanía al prohibir la amenaza o uso de la fuerza en sus relaciones recíprocas. La prohibición del art. 2(4) de la Carta ONU tal como fue concebido, es de carácter absoluto, aún cuando el propio articulado de la Carta establezca excepciones en su capítulo VII (medidas de acción colectiva); en su art. 51 (autodefensa) y en su art. 53 (medidas de ejecución decididas por agencias regionales).

Otro dato relevante es que sólo la fuerza armada fue prohibida. Una enmienda propuesta por Brasil tendiente a prohibir “la amenaza o uso de medidas económicas de cualquier forma inconsistente con los propósitos de las Naciones Unidas” fue rechazada.⁵³¹ Desafortunadamente, no existen constancias de las razones. Además, la amenaza o uso de la fuerza ha sido prohibida sólo respecto de las relaciones interestatales. En consecuencia, pueden los Estados utilizar la fuerza a fin de suprimir insurgencias dentro de su propio territorio, o bien para enfrentar autoproclamados movimientos de liberación nacional que afirman luchar por su derecho a la libre determinación.

III. Las excepciones

III.1. Legítima defensa. El art. 51 Carta ONU afirma que:

"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 (...)."

La legítima defensa por su parte, presupone un ataque armado por parte de un Estado contra otro, o

⁵³¹) United Nations Conference on International Organization, VI, paras. 559 y 334.

en la concepción anglosajona -más amplia-, la "inminencia"⁵³² de un ataque armado. Brinda al Estado lesionado el derecho de ejercer la fuerza contra el Estado agresor.

Al pasar el eje divisorio por la ocurrencia de un ataque armado, es necesario calificarlo. La Resolución AG 3314 que define la agresión, brinda elementos básicos aunque insuficientes. Actos tales como la invasión del territorio de un Estado por otro; el bloqueo naval de costas; el ataque a las fuerzas armadas o sus bienes (bases, naves mercantes o de guerra) en cualquier lugar que fuera, constituyen ataques armados. Sin embargo, otras situaciones como la prolongación de la presencia de una fuerza militar extranjera en territorio de otro, producto de un previo ataque armado; o el apoyo a mercenarios o grupos armados que actúan allende las fronteras, son cuestiones abiertas a controversia.

Conforme el DI general, la legítima defensa tiene como propósito proteger el orden jurídico, equilibrando los derechos del Estado atacante con los del Estado agredido, permitiendo que éste decida las medidas necesarias para repeler un ataque armado, incluyendo el uso de la fuerza. La justificación se encuentra en la ilicitud inicial de la conducta del Estado infractor y la necesidad de evitar el daño que pueda resultar de tal conducta ilícita. El **incidente del Caroline** (1837) sirvió para elaborar el llamado "test del Caroline de la legítima defensa", estableciendo requisitos para su legalidad.⁵³³ Se establece que la necesidad de defensa debe ser "instantánea, abrumadora y no dejar tiempo para la elección de los medios ni momento para la deliberación", en palabras de Daniel Webster en su respuesta a los reclamos Ingleses en el caso citado. Desde aquel momento, se han venido formulando modalidades y principios que, junto con su codificación en la Carta ONU, rigen el ejercicio de la legítima defensa.

Dentro del DI consuetudinario, los principios de necesidad y proporcionalidad determinan los requisitos necesarios para ejercer la autodefensa.

El principio de necesidad define los márgenes de la legítima defensa. Requiere la previa existencia de una conducta ilícita ligada con el uso de la fuerza y la necesidad objetiva de evitar un nuevo ataque armado o repelerlo (necesidad cualitativa). Cumplida esta condición previa, para que la acción defensiva sea legítima, se requiere que las medidas adoptadas sean temporal y cuantitativamente necesarias.

Desde la perspectiva temporal, la acción de autodefensa no puede llevarse a cabo legalmente antes que sea realmente necesaria a fin de repeler un ataque armado, ni tampoco cuando ya no sea útil para tal propósito. El objetivo de la autodefensa es prevenir la materialización de un nuevo daño.

⁵³²) Barboza Julio, Derecho Internacional Público, Zavallia Editor, 1 de., Buenos Aires, p. 245, (1999).

⁵³³) Ver Arend, Anthony C., International Law and the Preemptive Use of Military Force (2003), en internet https://www.cfr.org/content/publications/.../03spring_arend.pdf, disponible en 18/01/2019.

Debe dirigirse contra un ataque en curso a fin de prevenirlo, rechazarlo y/o limitarlo a sus mínimos efectos. Este requisito de necesidad temporal es llamado por algunos autores como requisito de "inmediatez".

El principio de proporcionalidad exige que el tipo y el grado de la fuerza utilizada en defensa propia no superen lo que es realmente necesario para repeler el ataque armado en cuestión.

En cuanto al DI de fuente convencional, las diferencias respecto de la extensión de la frase "derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva" evitaron que la AG pudiera incluir alguna provisión sustantiva en las resoluciones que intentaron codificar la costumbre internacional relativa al uso de la fuerza.

La Declaración sobre Relaciones Amistosas entre Estados (1970) y la Definición de la Agresión (1974) no incluyen provisiones sobre la autodefensa. En la Declaración sobre el No Uso de la Fuerza (1987) no pudo avanzarse más allá de afirmar que los "Estados tienen el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva si ocurre un ataque armado, como lo estipula la Carta de Naciones Unidas".⁵³⁴

También el CS trató la legítima defensa, sin avanzar sobre la letra de la Carta ONU. La Resolución 1368 (2001) fue una de las respuestas del CS al atentado terrorista del 11/9. En ella el CS reconoce el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva. No obstante exhortar a los Estados a cooperar para sancionar a los responsables, no adoptó medidas bajo el Capítulo VII de la Carta, ni autorizó una intervención armada en los territorios sospechados de albergar a al-Qaeda, sus células y máximos líderes.

La CIJ en el caso **Gabcikovo – Nagymaros** afirmó ciertos requisitos exigibles a fin de considerar legal tanto la autodefensa como las contramedidas⁵³⁵: (i) la acción debe ejercerse como respuesta a un acto ilícito de otro Estado y deben estar dirigidas contra el mismo; (ii) el Estado víctima debe haber solicitado al Estado causante del daño que éste detenga su conducta o bien acepte reparar el daño ocasionado; (iii) los efectos de las contramedidas deben ser proporcionales al daño sufrido; (iv) su propósito debe dirigirse a inducir al Estado causante a cumplir con sus obligaciones; y (v) deben ser reversibles.

Resumiendo la doctrina de la CIJ respecto de la autodefensa:

- (i) el ataque armado que sirve como justificación de la autodefensa debe ser significativo;
- (ii) debe ser atribuible al Estado contra el que luego se ejerce la acción;

⁵³⁴ Ver Treves, Tullio, *La Declaration des Nations Unies sur le renforcement de l'efficacité du principe du non recours a la force*, *Annuaire Français de Droit International* (1987).

⁵³⁵ En tanto la idea de autodefensa es de carácter militar, la noción de contramedidas tiene generalmente sustento económico.

- (iii) el ejercicio de la autodefensa debe constituir una última ratio;
- (iv) debe utilizarse en forma defensiva; y
- (v) debe ser proporcional al daño sufrido.

III.2. Medidas de acción colectiva. El art. 42 Carta ONU faculta al CS a decidir las acciones necesarias -incluido el uso de la fuerza- a fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Antes que el CS decida tomar medidas coercitivas, debe determinar la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Según lo ha determinado el Consejo, entre aquellas situaciones que constituyen amenazas a la paz, hay algunas que son específicas de los países, como los conflictos entre Estados o al interior de los Estados, o bien conflictos internos con una dimensión regional o subregional. Además, el Consejo señala amenazas posibles o generales a la paz y la seguridad internacionales, por ejemplo, los actos terroristas, la proliferación de armas de destrucción en masa o la proliferación y el tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras.

El objetivo de las medidas previstas en el art. 40 de la Carta es “evitar que la situación se agrave”. Aunque no están enumerados de manera expresa en la Carta ONU, los tipos de medidas que cabe suponer corresponden al ámbito del art. 40, y que se distinguen de las recomendaciones hechas con arreglo al Capítulo VI de la Carta, incluyen el retiro de las fuerzas armadas, el cese de las hostilidades, la concertación o el cumplimiento del alto el fuego o la creación de las condiciones necesarias para la prestación sin obstáculos de asistencia humanitaria.

Ya en el campo de las medidas que no implican el uso de la fuerza armada, y que el CS tiene a disposición para hacer cumplir sus decisiones (art. 41 Carta ONU), encontramos las sanciones. Éstas pueden imponerse a cualquier combinación de Estados, grupos o personas y son de muy variada naturaleza, desde sanciones económicas y comerciales generales hasta medidas más selectivas, por ejemplo, embargos de armas, prohibiciones de viajar y restricciones financieras o diplomáticas. Además de las sanciones comentadas, entre las medidas previstas en el art. 41 se encuentra la posibilidad de establecer tribunales internacionales (como los creados para la ex Yugoslavia y Rwanda en 1993 y 1994) o la creación de un fondo para el pago de indemnizaciones por daños derivados de una invasión.

Finalmente, el art. 42 Carta ONU faculta al CS para que decida el uso de la fuerza armada a fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales, si estima que las medidas que no sean de carácter militar pueden resultar inadecuadas o han demostrado serlo. En vista de que la ONU no posee fuerzas armadas a su disposición el Consejo recurre al art. 42 para autorizar el uso de la

fuerza por medio de una operación de mantenimiento de la paz, el envío de fuerzas multinacionales o intervenciones a cargo de organizaciones regionales.

Los arts. 43 a 47 de la Carta contienen disposiciones por las que se rige la relación entre el CS y los Estados Miembros que aportan contingentes para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales. En el art. 48 de la Carta se reafirma la obligación de los Estados, en virtud del art. 25 de la Carta, de aceptar las decisiones vinculantes del CS. El art. 48(1) permite que el Consejo limite ese deber a algunos Miembros, mientras que su párrafo 2 menciona la posibilidad que otras organizaciones internacionales participen en el sistema de mantenimiento de la paz de la ONU.

El CS ha adoptado decisiones de conformidad con el Capítulo VII de la Carta que, si bien no contienen por lo general referencias expresas al art. 48, en cambio subrayan el carácter obligatorio de las medidas impuestas e incluyen disposiciones que instan a la acción para llevar a cabo las decisiones adoptadas de conformidad con lo dispuesto en los arts. 40, 41 y 42 de la Carta.

En el marco regional Interamericano también existe la posibilidad de decidir medidas de acción colectiva que impliquen el uso de la fuerza armada. Dentro del sistema de la Organización de Estados Americanos, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) menciona en su art. 8 esta posibilidad como excepción al principio general sentado en el art. 1 consistente en la obligación de no recurrir a la amenaza o uso de la fuerza⁵³⁶.

III.3. Libre determinación de los pueblos. El derecho a la autodeterminación se encuentra en importantes documentos universales, tales como ambos Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁵³⁷ La Resolución de la AG 1514 (XV) convierte el principio en derecho, en tanto la Resolución AG 2625 (XXV) desarrolla los derechos y obligaciones emergentes. Tratamos sobre este principio – derecho más adelante en este mismo capítulo.

IV. Situaciones controvertidas

IV.1. La extensión del concepto de fuerza y la legítima defensa preventiva⁵³⁸. El período

⁵³⁶) Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR). Adoptado en Río de Janeiro, Brasil, 09/02/47.

⁵³⁷) AG ONU, Resolución 2200 A, 16/12/1966.

⁵³⁸) Véase Murphy, Sean D., *The Doctrine of Preemptive Self-Defense*, 50 Vill. L. Rev. 699 (2005). Disponible en <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol50/iss3/9> (abril 2019). Esquivel, Luis Eduardo, *Legítima Defensa Preventiva en el Derecho Internacional*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Tesina N° 628 Tutor: Norma B. Bruno. Universidad de Belgrano, Departamento de Investigaciones, 12/02/2014. Disponible en http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/5765/628_Esquivel.pdf?sequence=1&isAllowed=y (abril 2019). En relación el terrorismo, ver CeyS ONU, Kalliopi K. Koufa, *Special Rapporteur, Terrorism and human rights Final report, Specific Human Rights Issues: new priorities, in particular terrorism and counter terrorism*. Doc E/CN.4/Sub.2/2004/40, 25/06/2004. En internet https://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9700. También, Estados Unidos, el terrorismo internacional y el sistema de seguridad colectiva. La legítima defensa preventiva y la nueva doctrina de la seguridad del Presidente Bush. Por Jorge José Torres (Universidad Nacional de Tucumán). Síntesis

posterior al 11/09 llevó a la administración Bush a articular en 2002 una doctrina de "legítima defensa preventiva", afirmando que el DI en su evolución permitía a los Estados Unidos usar la fuerza militar en forma preventiva contra la amenaza planteada por los "Estados terroristas" que poseen armas de destrucción masiva. Según la administración Bush:

"Durante siglos, el derecho internacional reconoció que las naciones no necesitan sufrir un ataque antes de que puedan actuar legalmente para defenderse frente a fuerzas que presentan un peligro inminente de ataque.

(...) Debemos adaptar el concepto de amenaza inminente a las capacidades y objetivos de los adversarios de hoy. Los Estados delincuentes y terroristas no buscan atacarnos a través de medios convencionales. Ellos saben que tales ataques fallarían. En cambio, eligen actos de terror y potencialmente, el uso de armas de destrucción masiva, armas que puede ocultarse fácilmente, entregarse de forma encubierta y usarse sin advertencia.

(...) Los Estados Unidos han mantenido desde hace largo tiempo la opción de acciones preventivas a fin de contrarrestar amenazas para nuestra seguridad nacional. Cuanto mayor es la amenaza, mayor es el riesgo de la inacción y cuanto más convincente sea el caso para decidir una acción de defensa anticipatoria, aun cuando exista incertidumbre respecto del tiempo y lugar de ataque del enemigo. A fin de evitar o prevenir tales actos hostiles de nuestros enemigos, los Estados Unidos actuarán, si es necesario, preventivamente⁵³⁹."

En este punto, recuerda Murphy que los internacionalistas (sean abogados gubernamentales, otros profesionales o académicos) han adoptado opiniones muy diferentes respecto de la legalidad de la legítima defensa preventiva, que pueden agruparse en torno de cuatro escuelas básicas de pensamiento: (i) la constructorista estricta; (ii) la de amenaza inminente; (iii) la de amenaza cualitativa; y (iv) la de la "Carta está muerta"⁵⁴⁰.

El primer grupo interpreta el art. 2(4) Carta ONU como conteniendo una prohibición estricta y muy amplia respecto del uso de la fuerza armada, por lo cual estaría prohibido todo uso de la fuerza armada, incluyendo la autoayuda o autodefensa, las represalias, la protección de nacionales y la intervención humanitaria.

La escuela de la amenaza inminente acepta que el idioma del art. 51 Carta ONU habla de defensa propia en respuesta a un ataque armado, pero emplean tres líneas de argumentación para avanzar una norma que favorece un derecho de defensa propia anticipatoria, aunque no defensa preventiva. Primero, señalan que el art. 51 habla del "derecho inmanente" a la legítima defensa, lo que significa que no lo crea, sino que conserva un derecho de autodefensa preexistente. Segundo, amplían el

de la ponencia elaborada para el I Congreso en Relaciones Internacionales del Instituto de RRII de la Universidad Nacional de La Plata (La Plata, Argentina, 14 y 15/11/2002). Disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/38718/Ponencia.pdf?sequence=2> (abril 2019).

⁵³⁹) The National Security Strategy of the United States of America (2002), disponible en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>, para. 15.

⁵⁴⁰) Murphy, Sean D., The Doctrine of Preemptive Self-Defense, 50 Vill. L. Rev. 699 (2005), ps. 8-19.

significado de la expresión "ataque armado": en tanto una interpretación estrecha de ataque armado podría aceptar un uso de la fuerza ya consumado, una interpretación amplia consideraría como "ataque armado" un ataque que es inminente e inevitable, aun cuando no se haya consumado. Tercero, la práctica estatal desde 1945, demuestra una aceptación de la defensa propia por parte de los estados cuando se produce un ataque inminente e ineludible. En este sentido, se hacen repetidas referencias a incidentes clave, como: la "cuarentena" de Cuba de 1962 por parte de Estados Unidos; la guerra árabe-israelí de 1967; los bombardeos de 1986 de Estados Unidos contra Libia, entre otros.

La escuela de la amenaza cualitativa acuerda con la anterior en que un Estado no tiene que esperar un ataque armado real, pero cree que el requisito de la amenaza inminente está fuera de lugar. En lugar de enfatizar solo la naturaleza temporal del eventual ataque, la escuela analiza otros factores cualitativos, como la probabilidad que tal ataque se produzca en algún momento futuro, la disponibilidad de medidas no coercitivas para enfrentar la situación y la magnitud del daño que tal ataque infligiría.

Finalmente, el cuarto criterio entiende que las reglas sobre el uso de la fuerza incluidas en la Carta ONU carecen totalmente de valor jurídico ya que la práctica de los Estados en el transcurso de las últimas décadas lleva a concluir que aquéllos no adhieren a la Carta en este punto y en consecuencia, las reglas han caído en desuso.

IV.2. Amenaza o uso de armas nucleares. La carrera armamentística y espacial se vinculó durante el período de la guerra fría con la doctrina de la disuasión nuclear. La doctrina Eisenhower así llamada a partir de un discurso de su Secretario de Estado, John Foster Dulles en enero de 1954, es una doctrina de corte militar, geoestratégica y nuclear, por la cual un Estado se compromete en caso de ataque a tomar represalias contra su enemigo de manera contundente. El énfasis se coloca en la *amenaza* del uso -por eso se lo llama disuasivo- de las armas nucleares. En este punto, nace la controversia de si la amenaza o el uso de armas nucleares constituyen en sí una violación de la prohibición general prevista en el art. 2(4) Carta ONU.

En este contexto, la AG ONU solicitó una opinión a la CIJ, la cual en 8/07/1996 emitió su Opinión Consultiva referida a la Legalidad de la Amenaza o el empleo de Armas Nucleares⁵⁴¹. La CIJ examinó la cuestión de la legalidad o ilegalidad del uso de armas nucleares a la luz de las disposiciones de la Carta relativas a la amenaza o el uso de la fuerza, junto con las normas aplicables a los conflictos armados, además de cualquier tratado específico sobre armas nucleares que considerara relevante. Observó, entre otras cosas, que esas disposiciones se aplican a cualquier

⁵⁴¹) Solicitud de opinión consultiva a la Corte, de conformidad con el art. 65, para. 2 de su Estatuto.

uso de la fuerza, independientemente de las armas empleadas. Además, declaró que el principio de proporcionalidad no excluye necesariamente el uso de armas nucleares en legítima defensa. Sin embargo, al mismo tiempo, afirmó que el uso de la fuerza proporcional conforme la ley de la autodefensa debe cumplir -para ser considerado lícito-, con los requisitos de la ley aplicable en los conflictos armados, incluidos principios y normas del DIH. Señaló que las nociones de "amenaza" y "uso" de la fuerza en el sentido del art. 2(4) Carta ONU se encuentran unidas en el sentido que si el uso de la fuerza en un caso dado es ilegal, la amenaza de usar tal fuerza gozará de igual carácter.

Luego la Corte examina el DI consuetudinario. Aquí observa que los miembros de la comunidad internacional estaban profundamente divididos respecto de si la prohibición del uso de armas nucleares constituía la expresión de la *opinio juris*. Por lo tanto, no pudo afirmar que existiera una costumbre que prohibiera la cuestión en examen. En el entendimiento de la CIJ, la aparición como *lex lata*, de una norma consuetudinaria que prohíbe específicamente el uso de armas nucleares, se ha visto obstaculizada por las continuas tensiones entre la naciente *opinio juris* y la firme adhesión a la doctrina de la disuasión.

Continúa la CIJ evaluando el derecho de los conflictos armados. Tras considerar el DI consuetudinario y convencional, concluye que la amenaza o uso de armas nucleares no puede considerarse como específicamente prohibido sobre la base de esa ley, ni tampoco encontró prohibición específica respecto de las armas nucleares en los tratados que expresamente prohibían armas de destrucción masiva.

A continuación, la Corte examina la cuestión de si el recurso a las armas nucleares debe considerarse ilegal a la luz de los principios y normas del DIH aplicables en los conflictos armados y del derecho de neutralidad. Enfatiza en este punto dos principios cardinales: (i) el principio de distinción entre combatientes y no combatientes prohíbe a los Estados usar armas incapaces de distinguir entre objetivos civiles y militares; y (ii) no debe causarse sufrimiento innecesario a los combatientes. De ello se deduce que los Estados no tienen libertad ilimitada de elección en las armas que utilizan. Además, la CIJ hace referencia a la Cláusula Martens, según la cual los civiles y los combatientes permanecen bajo la protección y autoridad de los principios del DI derivados de la costumbre establecida, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública.

Finalmente, la Corte indicó que “en vista del estado actual del derecho internacional y de los elementos de hecho a su disposición, [no] puede concluir definitivamente si la amenaza o el uso de armas nucleares sería legal o ilegal en una circunstancia extrema de autodefensa, en la que estaría en juego la propia supervivencia de un Estado”.

IV.3. Ciberataques. La principal característica de Internet es su anarquía estructural. El ciberespacio no distingue entre redes militares o civiles ni entre las jurisdicciones de los Estados. En potencia, todo está conectado a todo. El futuro inmediato sólo puede aspirar a profundizar la tendencia: se afirma que evolucionará hacia una mayor incertidumbre con el almacenamiento de datos y contenidos en la nube. A partir de esto, existen escenarios posibles donde los datos de grupos terroristas o beligerantes pueden encontrarse almacenados uno al lado del otro, sin el conocimiento de los usuarios.

El uso de las NTIC con el propósito deliberado de causar daños a personas y cosas en el mundo real es una preocupación en curso, de eventuales consecuencias cercanas a la catástrofe en un futuro cercano en la medida en que cada vez más la vida depende de sistemas automatizados. Si bien no han existido consecuencias humanitarias dramáticas producidas por ciberataques, la creciente dependencia de los sistemas controlados por computadora para sostener nuestras vidas implica un riesgo futuro creciente. Al presente, sólo se ha experimentado una pequeña fracción de las posibilidades de conflicto cibernético, y la experiencia real ha sido limitada.

Los ciberataques ofensivos estarían sujetos a igual tipo de reglas que prohíben el uso de la fuerza individual en las relaciones internacionales. Si en cambio se analizara la posibilidad de la autodefensa, no estaría permitida si se ejerciera como respuesta a un daño causado por operaciones cibernéticas hostiles fuera del contexto de un conflicto armado. La respuesta varía si el ciberataque defensivo pretende ejercerse con miras a prevenir o repeler un ataque inminente o en curso que produjera efectos en el mundo físico o en la infraestructura crítica de un Estado, y sólo en la medida necesaria para lograr el fin. Además, el daño a infligir por acción cibernética autodefensiva en el atacante, terceros Estados o individuos no implicados, debería estar justificado por la gravedad del daño a evitar.

La velocidad, imprevisibilidad y la naturaleza clandestina de la mayoría de los ciberataques obstaculizan gravemente la capacidad del Estado defensor de reaccionar a tiempo para detectar y prevenir o repeler un ataque que incluso puede programarse meses antes, a fin de producir sus efectos nocivos tiempo después de la intrusión. Por su parte, la autodefensa cibernética depende de sistemas automatizados que hacen una evaluación y verificación de la identidad del atacante a fin de iniciar la acción defensiva. Ambas circunstancias tornan extremadamente difícil cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad demandados por la teoría de la autodefensa.

Estas características específicas de las operaciones cibernéticas, junto con el hecho que los ataques son generalmente ejecutados por actores subrogados no estatales y a su vez dependen de series de operaciones a pequeña escala que pueden originarse en muy diversas jurisdicciones de terceros

Estados, han llevado al ciberespacio la discusión sobre la legalidad de la ciber-defensa preventiva⁵⁴². En la práctica y hasta la doctrina Bush de la autodefensa preventiva, los Estados que utilizaron la fuerza en contra de otros Estados, legitimaron su acción bajo el fundamento de la legítima defensa.

V. La libre determinación como excepción a la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza

V.1. La libre determinación de los pueblos y la cuestión Malvinas-Falkland

Es interesante conocer las razones por las cuales un principio de DI altamente celebrado como es la libre determinación de los pueblos, no debe ser aplicado al conflicto que mantienen Argentina y el Reino Unido en torno de las Islas Malvinas – Falkland Islands, nombre con el que la cuestión se conoce en el ámbito de la ONU. La tesis elaborada por la diplomacia Británica pretende superar la discusión del conflicto de soberanía con Argentina –típica cuestión del DI clásico-, para reemplazarlo por el debate sobre los derechos y libertades fundamentales de los actuales habitantes –cuestión básica del DI contemporáneo-. Intenta así, cambiar el eje de la cuestión de un conflicto territorial hacia un conflicto humanitario y de descolonización, en el entendimiento que hacia el futuro, será más receptiva una posición favorable a los derechos de las personas, que la opinión que gira en torno de derechos de los Estados.

En este punto, bueno es recordar el camino marcado por el Dr. José María Ruda, al cual sumaremos razones presentes que fundamentan en forma lógica una negativa absoluta a considerar a los habitantes del territorio como un verdadero pueblo, titular del derecho a la libre determinación.

Durante los siglos que lleva la cuestión Malvinas - Falkland, podemos diferenciar dos etapas, definidas en base al fundamento alegado por cada Estado. Para Argentina, lo relevante es el conflicto de soberanía. El Reino Unido ha ido variando su estrategia, y hoy la centra en considerar la cuestión como un típico caso de descolonización, al que debe aplicársele la libre determinación de los pueblos.

En primer lugar, desde 1501⁵⁴³, primera fecha en que se sitúa a estas tierras en el mapa mundial hasta la II posguerra mundial, el conflicto reflejó una clásica disputa por la soberanía, basada fundamentalmente en el mejor derecho que invocara y pudiera probar cada Estado. En función de

⁵⁴² Ver Schmitt, Michael, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework, en *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, (1999), pp. 932–33; Eric Jensen, Computer Attacks on Critical National Infrastructure: A Use of Force Invoking the Right of Self Defence, *Stanford Journal of International Law*, vol. 38, (2002), pp. 221–24; y Marco Roscini, World Wide Warfare—Jus ad bellum and the Use of Cyber Force, en Armin Bogdany y Rüdiger Wolfrum (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14, (2010), pp. 120–23.

⁵⁴³ El antecedente más remoto se orienta hacia el año 1501/02, fecha en que la expedición liderada por Américo Vespucio habría descubierto las islas.

esto, los medios de adquisición del dominio aceptados por el DI clásico devienen relevantes a la luz de la *intertemporalidad* del Derecho, esto es conforme la aplicación del derecho vigente al momento de producirse las situaciones que implicaron el nacimiento, modificación o extinción de derechos y obligaciones de los Estados. El conflicto de soberanía supone una respuesta a la legitimidad de la relación jurídica que vincula a cada Estado con un territorio determinado. Su sustento se encuentra en la solución pacífica de controversias y la integridad territorial de los Estados.

En segundo lugar, la Carta ONU (1945) afirma entre los propósitos de la comunidad internacional, el “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”⁵⁴⁴. Como veremos, el principio de autodeterminación será luego elevado a la calidad de Principio guía de las relaciones entre Estados (1973) y posteriormente, derecho de los Pueblos.⁵⁴⁵ Entre estas fechas (1945 y 1973) el inicio de los procesos de descolonización, motiva la introducción de una nueva perspectiva para el centenario conflicto, anclada esta vez en la concesión de libertad a “pueblos coloniales”. Desde entonces, la cuestión Malvinas – Falkland intenta ser convertida por el Reino Unido en una disputa centrada exclusivamente en la descolonización del territorio, en un contexto internacional signado por el paradigma de los derechos humanos.

El Reino Unido en principio niega toda discusión desde el conflicto armado de 1982, y cuando el debate resulta inevitable, traviste el primer argumento jurídico relativo al mejor derecho soberano, en otro que se funda en la descolonización, a partir del derecho de los habitantes a la libre determinación. Desde la década de 1980, ha pretendido incluir como tercera parte en la negociación a los isleños como si fueran un ente distinto a los pueblos Inglés y Argentino, junto con la fórmula que reclama el respeto de los “deseos de los habitantes”. A partir del conflicto bélico de 1982, el Reino Unido añade a la fórmula anterior el requisito de respetar la “seguridad de los isleños”. El argumento subyacente en la tesis Británica es finalmente, el respeto de los derechos humanos.

Argentina focaliza su argumentación en torno del conflicto de soberanía. Juegan aquí los postulados básicos del DI general, principalmente, la igualdad soberana, la independencia política y la integridad territorial.

V.2. La libre determinación como base de la argumentación del Reino Unido

Hemos analizado precedentemente el surgimiento y posterior reconocimiento normativo del principio de libre determinación. Desde que la cuestión Malvinas – Falkland comienza a ser

⁵⁴⁴) Carta ONU, art. 1(2).

⁵⁴⁵) Mediante la Resolución de la AG 2625 (1973).

discutida en la ONU, sus diversos órganos fueron generando patrones comunes para el tratamiento de las situaciones coloniales en general y de este conflicto en particular.

La CIJ se ha referido específicamente a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (Resolución 1514) como un “importante paso” en el desarrollo del DI en relación con los territorios no autónomos y como “base del proceso de descolonización”.⁵⁴⁶ Algunos autores afirman que esta Declaración constituye una interpretación autorizada de la misma Carta ONU.⁵⁴⁷ Se afirma que la Resolución 1514 marca el tránsito del principio de libre determinación a un verdadero derecho de auto-determinación en cabeza de los pueblos.⁵⁴⁸ A partir de su dictado, la ONU solicitó a los Estados miembros que indicaran las posesiones coloniales que estaban dispuestos a descolonizar. El Reino Unido al efectuar su presentación, incluyó en la lista de territorios que se obligaba a descolonizar, a Malvinas – Falkland.

Tras el llamado Alegato Ruda del que luego daremos detalles, en el contexto del Comité de Descolonización, y considerando los informes del Comité que afirmaban la existencia de un conflicto de soberanía entre Argentina y el Reino Unido, se dicta la Resolución 2065 (XX) que refiere específicamente la cuestión Malvinas – Falkland, sentando varios puntos importantes hacia el futuro:

- (i) encuadra el caso de las Islas Malvinas (Falkland Islands) como una forma de colonialismo;
- (ii) toma nota de la existencia de una disputa entre los Gobiernos de la Argentina y del Reino Unido acerca de la soberanía sobre las islas;
- (iii) destaca la necesidad de tomar en cuenta las disposiciones y los objetivos de la Carta ONU como también “los intereses de la población de las Islas Malvinas (Falkland Islands)”.

Conforme la tesis argentina expuesta por el Dr. Ruda, las Islas Malvinas se encuentran en una situación diferente del caso colonial clásico, ya que estaban gobernadas por autoridades argentinas y ocupadas por pobladores argentinos cuando en 1833, tanto las autoridades como los pobladores fueron desalojados por Gran Bretaña mediante el ilegítimo uso de la fuerza, y fueron suplantados por una población ajena al territorio y por una administración de origen colonial, con base en la metrópolis londinense. Además, continuó Ruda, el parágrafo 2 de la Resolución 1514 está condicionado por su parágrafo 6 que establece que todo intento de quebrar la unidad nacional y la integridad de un país es incompatible con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Así

⁵⁴⁶) CIJ, Caso de Sahara Occidental, Reports 1975, ps. 12, 31 y 32.

⁵⁴⁷) Por ejemplo, Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, 1990, Oxford, UK, p. 600, y Asamoah Obed Y., The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations, The Hague, Martinus Nijhoff, 1966, ps. 177-85. Ver también Shaw Malcolm N., "The subjects of International Law", International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003, capítulo 2.

⁵⁴⁸) Ver CIJ Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental, 16/10/1975, p. 38 y 52.

también, el párrafo 7 afirma como bases de una recta interpretación del principio a la igualdad, la no intervención en los asuntos internos de los Estados y el respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial.

En forma concordante, la ya referida Resolución AG 2625 (XXV-1970) proclama el Principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos, desarrollando *in extenso* los derechos y obligaciones emergentes y elevando a la autodeterminación al lugar de principio básico aplicable a las relaciones entre Estados.

La Resolución AG 2649 (XXV) reconoce y defiende el accionar de los pueblos bajo dominación colonial y extranjera a ejercer su derecho a la libre determinación y pedir y recibir todo tipo de ayuda.

El “derecho de retorno” se relaciona con la autodeterminación en la Resolución 3089 D de la AG, estableciéndose una íntima unión entre el derecho inalienable de un pueblo a decidir su futuro y el derecho de todo refugiado a retornar a su hogar y propiedad como requisito previo para tal decisión. En 1974, el derecho de retorno es objeto de la Resolución AG 3236⁵⁴⁹.

La última década del siglo XX fue declarada como Decenio Internacional para la eliminación del colonialismo, reafirmando que la realización del derecho a la autodeterminación es fundamental para la garantía y observancia efectiva de los derechos humanos. La CDI ha aceptado este principio como un ya probado ejemplo de “*jus cogens*”, con lo cual su violación constituye una violación grave del DI.

En 1986, al debatirse en la AG la resolución sobre Malvinas, la delegación Británica introdujo una breve enmienda al texto, sosteniendo que el contenido de la resolución se aplicaba respetando el principio de autodeterminación. El entonces canciller argentino Caputo⁵⁵⁰ comenta que fue un momento extremadamente difícil para la delegación argentina, ya que las enmiendas se votan antes que el texto originario y la mayoría de los países presentes habían logrado su independencia gracias a la libre determinación. La posición argentina gana la votación con el apoyo activo de muchos de los Estados referidos. Por segunda vez, la AG sostuvo la no aplicación del principio de libre determinación en la cuestión de las Islas Malvinas-Falkland.

Durante todo el Segundo Decenio Internacional para la eliminación del colonialismo que concluyó en 2010, el Comité Especial de Descolonización adoptó por consenso, resoluciones que:

⁵⁴⁹) Que reafirma el derecho inalienable de los palestinos a regresar a sus hogares y recuperar sus bienes desde donde quiera que se encuentren desplazados y desarraigados y pide su retorno y el derecho de la autodeterminación del pueblo palestino.

⁵⁵⁰) Caputo Dante, nota diario Perfil, 25/02/2012.

- (i) definen a la cuestión de las Islas Malvinas como una situación colonial especial y particular;
- (ii) reconocen la existencia de una disputa de soberanía entre la Argentina y el Reino Unido;
- (iii) piden a ambos Gobiernos que reanuden las negociaciones a fin de encontrar, a la mayor brevedad posible, una solución pacífica, justa y duradera de la controversia; y
- (iv) reiteran su apoyo a la misión de buenos oficios del Secretario General.⁵⁵¹

V.3. El principio de libre determinación no es aplicable a la cuestión de las Islas Malvinas – Falkland Islands

Esta afirmación se funda en las siguientes razones:

- (i) la aplicación jurisprudencial en casos similares relativos a la descolonización no favorece la tesis del Reino Unido;
- (ii) las islas son un caso atípico de territorio no autónomo sujeto a descolonización;
- (iii) los habitantes (Falkland islanders) no constituyen un pueblo conforme el DI;
- (iv) tampoco constituyen un movimiento de liberación conforme el DI;
- (v) ni son una minoría étnica conforme el DI; y
- (vi) no constituyen un pueblo originario conforme el DI.

V.3.a. Aplicación jurisprudencial del principio. La ONU ha elaborado normas específicas relativas a la aplicación del principio en casos concretos, y con esto, colaborado a que la libre determinación se convierta en un derecho dentro del sistema del DI, a través de un proceso de interpretación de la Carta. Numerosas resoluciones han sido adoptadas por la AG y el CS.⁵⁵² Diversos pueblos han sido reconocidos como titulares de este derecho entre ellos, el Palestino; el Saharawi; el Kemak; o el pueblo tibetano. El reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos mencionados, ha suscitado controversias y en consecuencia, la resolución de cada situación colaboró en la interpretación del derecho.

En la cuestión de Medio Oriente, las Naciones Unidas intentaron aplicar el principio como condición sine-qua-non de una paz duradera. Al asumir el problema en 1948, se dicta la Resolución 181 estableciendo el Plan de partición de Palestina, que preveía el nacimiento de dos Estados, uno árabe palestino y el otro judío, bajo el respeto del principio de libre determinación. Tras la Guerra

⁵⁵¹) AG ONU, Segundo Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo, Informe del Secretario General, Doc. A/65/150, Anexo I, Informes de los gobiernos p. 12.

⁵⁵²) Ver por ejemplo, las Resoluciones de la AG ONU 1755 (XVII); 2138 (XXI); 2151 (XXI); 2379 (XXIII); 2383 (XXIII) y las Resoluciones del CS ONU 183 (1963); 301 (1971); 377 (1975) y 384 (1975).

de los Seis Días de 1967, las Resoluciones 242 y 338 del CS, referidas a la obligación de devolución por parte de Israel de los territorios ocupados, enfatizan la autodeterminación de los pueblos que habitan la región.⁵⁵³ Sería impensable que en la cuestión de Medio Oriente, los colonos Israelíes que habitan los territorios ocupados, alegaran el derecho a la autodeterminación respecto del lugar que ocupan a partir del desplazamiento de la población Palestina.

En relación con el Pueblo Saharawi, la CIJ discutió vigencia sociológica del principio en sus opiniones consultivas sobre Namibia y sobre el Sahara Occidental.⁵⁵⁴ En la primera, la CIJ afirmó:

“el subsiguiente desarrollo del derecho internacional en relación con los territorios no autónomos tal como está considerado en la Carta de las Naciones Unidas, vuelve aplicable en todos ellos al principio de libre determinación”.⁵⁵⁵

Si bien la población namibiana puede ser dividida en una decena de grupos, su sensible pasado relativo al apartheid hace que se llame a todos sus habitantes simplemente como namibianos. En todo caso, la distinción que posibilitó el ejercicio de la libre determinación fue clara entre los grupos originarios africanos⁵⁵⁶ y los colonos blancos.

Este punto de vista fue reafirmado en la opinión consultiva de la CIJ sobre el Sahara Occidental.⁵⁵⁷

El pueblo Saharawi, titular del derecho a la libre determinación, remonta su historia a los bereberes⁵⁵⁸ nómades, habitantes del Magreb al oeste del Nilo, desde el siglo VII en adelante, y comparten una lengua, cultura, historia y la intención de seguir existiendo como grupo nacional. Poseen una autoridad que los representa, el Frente Polisario.

En Portugal v. Australia (Timor del Este)⁵⁵⁹, la CIJ enfatizó que el derecho de los pueblos a la libre determinación es “uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo”.⁵⁶⁰

Dijo la CIJ:

“La afirmación de Portugal relativa a que el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como ha evolucionado desde la Carta ONU y a partir de la práctica de las Naciones Unidas, posee un carácter

⁵⁵³) Específicamente la Resolución 242, declara la inadmisibilidad de la adquisición del territorio por medio de la guerra, y pide el retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados en 1967, el reconocimiento de la soberanía e independencia de todos los estados de la zona y el derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas. La Resolución del CS 338 de fecha 22/10/1973, insta al cese del fuego en la llamada guerra del Yom Kippur y garantiza la inviolabilidad territorial e independencia política de todos los estados de la zona, pidiendo la aplicación de la Resolución 242 referida.

⁵⁵⁴) Namibia, CIJ Reports, 1971, p. 16; Sahara Occidental CIJ-ICJ Reports, 1975, p. 12. Ver Shaw M. N., The Western Sahara Case, 49 BYIL, p. 119.

⁵⁵⁵) CIJ-ICJ Reports, 1971, ps. 16 y 31.

⁵⁵⁶) Compuestos por los siguientes pueblos Owambo; Kavango; Herero; Himba; Damara; Nama; Topnaars; Rehoboth Basters; Coloureds; Caprivians; Bushmen (San); y Tswanas. Ver sitio internet www.namibian.org.

⁵⁵⁷) CIJ Reports, 1975, ps. 12 y 31.

⁵⁵⁸) El mismo nombre "bereber" es el dado a los habitantes por los conquistadores romanos, cuando en realidad ellos se llaman a sí mismos imazighen, que significa hombres libres.

⁵⁵⁹) CIJ, Reports, 1995, ps. 90 y 102.

⁵⁶⁰) Ídem anterior.

erga-omnes, es irreprochable".⁵⁶¹

El pueblo de Timor del Este descendiente del pueblo Kemak que constituía la mayoría del reino Atsabe, remonta sus orígenes a la llegada del ser humano al actual archipiélago indonesio.⁵⁶²

Por último, la cuestión del Tibet y la de Malvinas reconocen caracteres comunes. La práctica del traslado forzoso de la población está prohibida por el DI, constituyendo hoy -presentes ciertos requisitos-, un crimen contra la humanidad.⁵⁶³ Lo que para los ingleses demandó unos pocos días – el transferir a la población argentina y reemplazarla por otra de origen británico en 1833-, para China demandó más de treinta años. Entre 1950 y 1980 el traslado de población China hacia territorio tibetano constituyó una política sistemática y planeada centralmente desde Beijing.⁵⁶⁴

El pueblo tibetano posee los criterios objetivos -una lengua propia, religión, cultura, tradiciones y costumbres, historia y territorio-. De igual manera comparten criterios subjetivos tales como preferencias compartidas, valores y el propósito de un destino común. En 1961 la AG reconoció este derecho y aprobó una Resolución llamando a “cesar las prácticas que despojan al pueblo Tibetano de sus derechos y libertades fundamentales, incluyendo su derecho a la libre determinación”.⁵⁶⁵

Nuevamente sería impensable que China decidiera reclamar el ejercicio de la libre determinación para el trasplantado pueblo Chino que hoy habita el Tibet.

En suma, en todos los casos comentados, existe una unión incontrastable entre el territorio no autónomo o la región reclamada y sus habitantes. Hay lazos históricos y culturales que unen la tierra con el grupo nacional. Son lazos de carácter natural, que no han sido construidos por el traslado forzado de población decidido y ejecutado por un Estado extranjero.

V.3.b. Las islas son un territorio no autónomo atípico. Un territorio no autónomo se define como aquél “cuyo[s] pueblo[s] no haya[n] alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio”.⁵⁶⁶ Los Estados miembros de la ONU reconocen que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo interés, y se obligan a respetarlos como pueblo; desarrollar un gobierno propio; promover la paz y seguridad internacionales; promover la cooperación; e informar sobre los

⁵⁶¹) Idem ant.

⁵⁶²) Ver <http://www.un.org/peace/etimor/etimor.htm> .

⁵⁶³) Estatuto de Roma, art. 7 (d).

⁵⁶⁴) The question of self-determination: the cases of East Timor, Tibet and Western Sahara, Rapporteur: Veronique de Weichs de Wenne for the Unrepresented Nations and Peoples Organization © UNPO, CONFERENCE REPORT Palais des Nations, United Nations, Geneva 25-26 March 1996, p. 45.

⁵⁶⁵) AG ONU Resolución 1723 (XVI), Nueva York 1961.

⁵⁶⁶) Carta ONU, Capítulo XI: Declaración Relativa a Territorios no Autónomos (arts. 73-74).

progresos realizados.

En los debates previos a la aprobación de la Carta ONU, el embajador argentino Miguel A. Cárcano formuló la primera reserva de nuestro país respecto de la cuestión Malvinas ante la organización internacional⁵⁶⁷, sosteniendo:

*“La delegación Argentina formula la reserva de que la República Argentina en ningún caso acepta que el presente sistema de Fideicomiso pueda ser aplicado a/o sobre territorios pertenecientes a la Argentina ya sea que ellos estén sujetos a reclamo o controversia o estén en posesión de otros Estados”.*⁵⁶⁸

Durante la primera reunión de la AG ONU en 1946, se adopta la Resolución 66 (I) que crea un Comité ad-hoc para examinar los informes de las potencias administradoras conforme el art. 73 de la Carta. Según los informes de las potencias coloniales, existían 74 territorios que podían considerarse como “no autónomos”.⁵⁶⁹ El Reino Unido, que había logrado imponer el carácter de Declaración al Capítulo XI de la Carta ONU, eleva su primer informe respecto de las islas, declarando unilateralmente que incluye a las “*Falkland Islands*” como territorio no autónomo.

Argentina protestó ante tal inclusión, objetándola y refiriendo que ni siquiera el nombre Malvinas había sido tomado en cuenta.⁵⁷⁰ La inclusión de nuevos Estados a partir de los procesos de descolonización y el cambio de vientos políticos en la AG forzaron al Reino Unido a aceptar ante la Asamblea, en el X período de sesiones, que el nombre Islas Malvinas precediera a “*Falkland Islands*” en los textos oficiales en español de la ONU.⁵⁷¹ En 1947, en respuesta a los informes que Gran Bretaña había presentado conforme el art. 73 de la Carta, Argentina presenta entonces ante la Comisión, una declaración para salvaguardar los derechos sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y Antártida Argentina, declarando:

*“4. La República Argentina no ha reconocido nunca la ocupación de referencia [específicamente Islas Malvinas y sus Dependencias], y ha protestado por el acto originario que la determinó [1833], cada vez que las circunstancias así lo permitieron”.*⁵⁷²

Al presente (2019), existen 17 territorios no autónomos⁵⁷³ en la lista del Comité Especial de Descolonización de Naciones Unidas, de los cuales 10 se encuentran bajo administración del Reino Unido.

Las islas Malvinas – Falkland constituyen para la ONU, conforme la caracterización que de ellas

⁵⁶⁷) En la reunión del Cuarto Comité de la AG de la Conferencia de San Francisco, en 23/05/1945, durante el debate del Consejo de Administración Fiduciaria, para ser incluido en la Carta ONU.

⁵⁶⁸) Texto completo en CARI I, 5. UNCIO, Doc. 552.

⁵⁶⁹) De ellos, 43 estaban bajo administración del Reino Unido.

⁵⁷⁰) Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, Buenos Aires, 1983, vol. I, 1945-1971, p. 19.

⁵⁷¹) Idem ant., p. 55.

⁵⁷²) CARI I, Doc. A/424.

⁵⁷³) Anguila, Bermudas, Gibraltar, Guam, Islas Caimán, Islas Malvinas Falkland, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de los Estados Unidos, Montserrat, Nueva Caledonia, Pitcairn, Polinesia Francesa, Sahara Occidental, Samoa Americana, Santa Helena y Tokelau.

hizo el Reino Unido, un territorio no autónomo. Aun cuando como tal, se encuentre sujeto a descolonización, constituye en sí un caso especial de descolonización. Es relevante mencionar que jamás se habló de sus habitantes como un “pueblo no autónomo”. Argentina ha declarado que respetará el modo de vida de sus habitantes, conforme los principios del DI.⁵⁷⁴

¡Precisamente, descolonización y libre determinación no son sinónimos. La libre determinación es uno de los mecanismos para instrumentar un proceso de descolonización, pero no es el único, pues la propia resolución 1514 (XV) recepta, en su párrafo 6, otro principio que afirma la necesidad de preservar la unidad nacional y la integridad territorial de los países. Justamente, es este principio el que prevalece en la cuestión de las Islas Malvinas, toda vez que es la integridad territorial de la República Argentina la que se encuentra afectada. Así lo entendieron 10 Resoluciones de la AG y 22 Resoluciones del Comité Especial de Descolonización⁵⁷⁵ que califican a la cuestión Malvinas como un caso especial y particular de colonialismo.

V.3.c. ¿Son los habitantes (Falkland islanders) un pueblo conforme el DI?. La respuesta es decisiva: sólo los pueblos pueden ser titulares del derecho a la libre determinación conforme el DI. El concepto de pueblo en DI posee al menos dos interpretaciones conforme vimos en el capítulo dedicado a la subjetividad internacional al cual remitimos respecto de los conceptos básicos. En esta cuestión, los redactores de la Carta ONU se propusieron dos objetivos: (i) considerar las aspiraciones de todos los pueblos, incluyendo a los territorios no autónomos y a los fideicomitidos; y (ii) afirmar la necesidad de promover y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales.⁵⁷⁶ Los documentos de la Conferencia de San Francisco sugieren que los autores de la Carta concibieron el principio de igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos como una norma única aplicable a los Estados, naciones y pueblos. De cualquier forma el término “pueblo” se aplica no sólo a los Estados sino también a otros entes como la nación.⁵⁷⁷ En consecuencia, obliga tanto a los Estados entre sí, como respecto de otros entes.

Aun cuando no exista una definición de pueblo brindada por el DI, analizando la práctica internacional relativa a la aplicación del principio en situaciones concretas, notamos que los

⁵⁷⁴) AG ONU, Segundo Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo, Informe del Secretario General, Doc. A/65/150, Anexo I, Informes de los gobiernos p. 14.

⁵⁷⁵) Estas son 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9, 38/12, 39/6, 40/21, 41/40, 42/19 y 43/25; Ver AG ONU, Segundo Decenio Internacional para la Eliminación del Colonialismo, Informe del Secretario General, Doc. A/65/150, Anexo I, Informes de los gobiernos p. 13.

⁵⁷⁶) The right to self-determination, historical and current development on the basis of United Nations instruments, Study prepared by Aureliu Cristescu, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/404/Rev. 1, p. 38, para. 264.

⁵⁷⁷) Idem, p. 39, para. 266.

“*Falkland islanders*” no comparten caracteres homogéneos con pueblos tales como el Palestino, Saharawi, Namibiano, Timorés del Este, Tibetano y tantos otros que reclamaron y les fue reconocido su derecho a existir y autodeterminarse. En cambio, sí notamos que comparten todas las características de los habitantes anglosajones del Reino Unido, y específicamente de Inglaterra, desde la historia a la cultura, pasando por la lengua y la organización política y social.

En suma, ciertamente los “*Falkland islanders*” no reúnen caracteres étnicos o raciales que los distinguan como un grupo nacional único, de entre todos los demás pueblos del planeta. Son británicos, descendientes de anglosajones que habitan el actual Reino Unido. Además, desde que se inició la ocupación al presente, no han adquirido características propias que los distinguan de otros ciudadanos británicos.

VI. Conclusiones

La tesis inglesa intenta complementar el principio de autodeterminación con situaciones creadas y otros vínculos jurídicos que ayuden a consolidar el *statu quo*. Imposibilitado el Reino Unido de continuar con la intransigencia mantenida entre 1833 y 1960 debido al inicio de los procesos de descolonización, introdujo en primer lugar, la idea de contemplar los “deseos de los habitantes”, pretendiendo manipular la instrumentación futura del principio de la libre determinación. Esta posición se opone a la fórmula basada en los “intereses de los habitantes”, argumento avalado por la ONU y Argentina.

En segundo lugar, tras el conflicto armado de 1982, el Reino Unido esgrime un nuevo concepto referido a “la seguridad de los isleños”, por la cual ante una potencial amenaza Argentina de un nuevo uso de la fuerza, le corresponderá velar por la seguridad de los habitantes. De esta forma, Gran Bretaña basará su política post conflicto en tres premisas públicas:

- (i) una asociación moderna con las islas, basada en que los habitantes decidan su propio futuro;
- (ii) entre las responsabilidades de la asociación, el Reino Unido se ve obligado a encargarse de la defensa y de los asuntos exteriores; y
- (c) el ejercicio de la democracia con autoridades propias de la isla.

En tercer lugar, comienza la mutación de conceptos: de habitante o isleño se pasa hacia el de “personas que gozan del estatuto jurídico de las Islas Falkland”, conforme lo estipulaba la constitución isleña de 1985, con lo cual se restringe y delimita a los potenciales titulares del derecho de libre determinación. Bajo la actual Constitución (2009), los habitantes poseen un autogobierno completo, en tanto el Reino Unido es responsable de los asuntos exteriores, así como de “proteger los intereses del Reino Unido y asegurar el buen gobierno del territorio de ultramar”.

En cuarto lugar, el Reino Unido logra en la última década del siglo XX, la aceptación argentina de un congelamiento atemporal de la discusión sobre el conflicto de soberanía. Se acuerda así en la fórmula del paraguas de soberanía.

Una primera contra-argumentación de la tesis británica relativa a la aplicación del principio de libre determinación en la cuestión Malvinas - Falkland, es el rechazo que la AG propinó al referéndum al cual se sometió a la población de Gibraltar realizado por el Reino Unido en 1967⁵⁷⁸, por no constituir los habitantes de la península, una población autóctona. Este argumento es plenamente válido respecto de la cuestión en análisis.

La libre determinación constituye actualmente parte del *jus cogens*. Sin embargo, el principio no es aplicable sin más, a la cuestión en examen. La aplicación del “principio- derecho” de autodeterminación en distintas situaciones históricas ha permitido caracterizar los requisitos necesarios de titularidad y ejercicio. Ellos no se corresponden con la interpretación británica respecto de los isleños.

Primero, la existencia de un territorio no autónomo sujeto a descolonización no implica de por sí como presupuesto, la existencia de un pueblo como titular del derecho de libre determinación. El debido respeto del principio de libre determinación no significa conceder en todo caso, el derecho de autodeterminación ante la ausencia de un sujeto titular.

Segundo, en el especial caso del territorio de Malvinas – Falkland, la descolonización implica la interrelación de varios principios básicos. La libre determinación debe ejercerse de manera compatible con la unidad nacional y la integridad territorial del Estado en cuestión, a fin de ser compatible con los propósitos y principios de la Naciones Unidas. La cuestión de las Malvinas – Falkland supone una situación colonial especial y particular de colonialismo donde existe una previa disputa de soberanía entre la Argentina y el Reino Unido. Esta cuestión debe ser previamente aclarada.

Tercero, de la aplicación derecho en examen, realizada en diversas situaciones, nada hace pensar que los Falkland islanders puedan invocarlo, en tanto no satisfacen las características objetivas ni subjetivas alcanzadas por aquellos pueblos a quienes sí se los ha reconocido como titulares.

Cuarto, los Falkland islanders no constituyen un pueblo conforme los requisitos impuestos por el DI para el ejercicio del derecho a la libre determinación, ni mucho menos constituyen un movimiento de liberación nacional o una minoría nacional.

⁵⁷⁸) En este referéndum, el 99.19% de la población optó por mantener los vínculos con el Reino Unido, en tanto el 0,36% pretendió que el territorio pasara a jurisdicción Española.

FOR AUTHOR USE ONLY

“En medio de aquel sol abrazador, di de beber a unos, refresqué con agua las heridas de otros y consolé a los agonizantes, a quienes sus propios compañeros empujan con el pie porque estorban el paso”.

Jean Henry Dunant

La vida de Jean Henry Dunant (1828-1910) es un estudio de contrastes. Nace en un hogar rico pero muere en un asilo. En la mediana edad, une su gran fama con una total oscuridad, su éxito en los negocios con la bancarrota. En la vejez, es exiliado de la sociedad ginebrina que lo había encumbrado y muere en una habitación solitaria.

Buscando un documento comercial, decide hablar con Napoleón III, quien se encontraba en Lombardía. Allí es donde presencia la batalla de Solferino. Al regresar a Ginebra, escribe “Recuerdo de Solferino”, que conducirá a la creación del Comité Internacional de Socorro a los Heridos (futuro Comité Internacional de la Cruz Roja). Esto le trae fama, es recibido por jefes de Estado, reyes y príncipes europeos. Pero sus asuntos financieros tambalean y es declarado en bancarrota (1867). Es obligado a renunciar a su cargo como Secretario del CICR y se lo expulsa como miembro. Dunant va a París donde vive en la calle. La emperatriz Eugenia se entera y lo convoca para extender el Convenio de Ginebra a la guerra naval. Nuevamente es nombrado miembro honorario de las Sociedades Naciones de la Cruz Roja de varios estados europeos.

Por iniciativa de Dunant se inaugura en Londres el Congreso Internacional para la "abolición completa y final del tráfico de negros y la trata de esclavos" (1875). Pero los años siguientes no traerían paz: Dunant sufre la más dura pobreza: viaja a pie por Alsacia, Alemania e Italia, viviendo de la caridad y la hospitalidad de algunos amigos. Finalmente en 1887, termina en el pueblo suizo de Heiden, donde enferma. Encuentra refugio en el asilo local, y allí es descubierto en 1895 por un periodista, quien escribe un artículo sobre él que, en pocos días, es reimpresso en toda Europa. Mensajes de simpatía llegan a Dunant de todo el mundo: una vez más es reconocido y honrado. En 1901 recibe el Premio Nobel de la Paz. Su humanitarismo apasionado fue la único constante en su vida, y la Cruz Roja su monumento vivo.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Derecho internacional humanitario y derecho internacional penal

Favio FARINELLA

Sección Primera: el derecho internacional humanitario

I. Introducción: el nacimiento del derecho internacional humanitario

Recuerda Cassese que en algún momento entre 1648 (Paz de Westfalia) y 1789 (revolución Francesa) y debido a razones históricas, las guerras comenzaron a tomar la forma de competencias entre profesionales, conducidas a modo de juego y sin la participación directa de la población civil en las hostilidades.⁵⁷⁹ Este avance significó una evolución frente a tiempos inmemoriales, cuando la devastación y crueldad respecto de la totalidad de personas y propiedades enemigas eran la regla. No obstante, los ideales de la revolución francesa desembocaron en la consideración de todo ciudadano como patriota y en consecuencia como posible miembro de los nacientes ejércitos populares o de masas.

A diferencia de Rousseau que opinaba que los conflictos se daban entre Estados y no entre personas, por lo que éstas eran sólo enemigos accidentales, la visión de von Clausewitz fue la que primó. Este militar Prusiano afirma en su Tratado Sobre la Guerra, la necesidad que las guerras se consideren luchas de vida o muerte, incluyendo a la totalidad de la población. La insistencia de von Clausewitz en el concepto de guerra total, presagiaba lo que sucedería un siglo después, y su concepción tan brutal podía también ser entendida como un factor disuasivo al momento de decidir

⁵⁷⁹) Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2004, US, p. 325.

el inicio de un conflicto armado.

En cuanto a la normativa internacional contemporánea, el punto de partida puede situarse en la Conferencia de Bruselas de 1874 y las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907. Ellas abrazaron la concepción Rousseauiana del conflicto armado, y en este sentido distinguieron a los combatientes de la población civil, intentando proteger a ésta de la violencia armada. La normativa resultante fue producto de la tensión entre los intereses de las grandes y pequeñas potencias, como también de las potencias navales como Francia e Inglaterra, y finalmente, del conflicto entre los Estados expansionistas y aquellos que preferían quedar a resguardo de las contiendas armadas.

El resultado jurídico de las conferencias fue la afirmación de un grupo de normas internacionales, algunas convencionales, otras consuetudinarias, y dentro de éstas algunas codificadas, que gobernarían la cuestión hasta la finalización de la IIGM. Su contenido puede sintetizarse en algunos puntos:

- (i) las normas regularon exclusivamente los conflictos inter-estatales, dejando fuera de cualquier marco legal a las guerras civiles, y en consecuencias las insurgencias quedaron dentro del derecho interno de los Estados;
- (ii) las convenciones internacionales sobre conflictos armados incluyeron la cláusula *si omnes*, por la cual eran aplicadas con la condición que todos los Estados beligerantes fueran Partes contratantes. Esto produjo como consecuencia la aplicación de la costumbre internacional, ante la imposibilidad de aplicar el DI convencional;
- (iii) se reconocía como combatiente a los miembros de los ejércitos regulares, a las milicias o cuerpos voluntarios en tanto cumplieran con una serie de condiciones específicas. Se permitía excepcionalmente que la totalidad de la población civil se levantara en armas en la cercanía del avance enemigo, siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones;
- (iv) en cuanto a los medios de combate, existían pocas prohibiciones específicas en relación con ciertos tipos de armamento. Varios métodos de combate eran permitidos con la condición que sólo los beligerantes fueran su objetivo;
- (v) el cumplimiento de las normas de la guerra era dejado a los mismos beligerantes, quienes igualmente podía decidir represalias frente al incumplimiento del enemigo y también la persecución y castigo de los enemigos que violaran las leyes de la guerra; y
- (vi) se establecieron reglas detalladas respecto de la neutralidad para regular las relaciones entre los beligerantes y terceros Estados.

En resumen, el DI de la guerra tendía a favorecer a las grandes y medianas potencias en tres áreas

principales: (a) los medios de combate; (b) los métodos de combate; y (c) los dispositivos para inducir al cumplimiento de la ley de la guerra.

II. Nuevos desarrollos desde la II Guerra Mundial

En primer lugar, surgieron nuevas clases de combatientes. Los movimientos partisanos y de resistencia jugaron un rol fundamental detrás de las líneas enemigas en los territorios ocupados militarmente por la Alemania Nazi. El DI no los incluía, ya que en general carecían de uno o más requisitos para ser considerados combatientes en el sentido del derecho de la guerra. Una de las consecuencias de la II guerra mundial fue el reconocimiento de las guerrillas y movimientos de resistencia en calidad de combatientes legales.

En segundo lugar, comenzó una distinción entre guerras de ricos y conflictos de pobres. Los primeros son conflictos entre Estados que poseen armamento sofisticado, en tanto los segundos implican luchas de liberación nacional en territorios coloniales u ocupados, usualmente conducidos por guerrillas. Es de notar que ambos pueden superponerse, como en el caso de la guerra de Vietnam, contribuyendo a aumentar el número de bajas civiles.

En tercer lugar, se sumaron nuevas formas de destrucción tales como la aviación (el caso de Guernica, inmortalizado por Picasso); los desarrollos tecnológicos (la bomba atómica y siguientes); y la carrera armamentista, con arsenales en poder de las grandes y medianas potencias.

En cuarto lugar, emergieron y se multiplicaron las guerras civiles, a veces como derivación de conflictos mayores entre superpotencias, en otras, como expresión de conflictos ancestrales étnicos, nacionales, raciales, religiosos y políticos.

En quinto lugar, las leyes de la neutralidad fueron cada vez más ignoradas. Los pactos regionales y sus sistemas de seguridad colectiva no dejaron lugar para los neutrales, sumando a la decadencia de la institución. Hoy la ciberguerra directamente la ignora.

III. La regulación de los conflictos armados internacionales

Tras finalizar la IIGM y como una de sus consecuencias, llega el momento de brindar una estructura a los discursos de la no violencia. En la euforia de la paz, los Estados adoptan la Carta de Naciones Unidas, y al proscribir la guerra, creen establecer la paz perpetua de la que hablaba Kant, tornando innecesario continuar con la elaboración y discusión de normas humanitarias. Tanto es así que en 1946, la CDI se niega a abordar la codificación del derecho de la guerra. No obstante ya con la guerra fría presente, en 1949 los Estados acuerdan revisar los Convenios de Ginebra existentes que protegían a los combatientes. Se adopta entonces un IV Convenio de Ginebra que protege a los civiles que habitan territorios ocupados, producto de las atrocidades sufridas por la población civil

durante la II gran guerra. Queda así codificado el DIH en su vertiente de Ginebra, y cuyo objeto central consiste en brindar ayuda a las víctimas de los conflictos armados.

El DIH se encuentra impregnado de valores humanistas y recoge principios del DIDH. El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el caso **Tadic** (Decisión sobre Apelación) enfatizó esta tendencia. Al tratar la distinción entre el derecho que regula los conflictos armados internacionales y el que regula los conflictos armados internos, la Cámara de apelaciones destacó que los más modernos desarrollos del DIH han sido fuertemente influenciados por las doctrinas de derechos humanos:

*“El impetuoso desarrollo y propagación en la comunidad internacional de las doctrinas de derechos humanos... ha traído significativos cambios en el DI, notablemente en el análisis de problemas que asolan la comunidad internacional (...). En consecuencia el enfoque basado en la soberanía estatal ha sido gradualmente suplantado por un acercamiento orientado al ser humano. Gradualmente la máxima del derecho Romano causa omne jus constitutum est (todo derecho es creado para beneficio del ser humano) ha ganado un fuerte apoyo en la comunidad internacional”.*⁵⁸⁰

IV. El derecho internacional humanitario

El DIH se propone "humanizar la guerra".⁵⁸¹ En sus dos vertientes de La Haya y de Ginebra, se dirige a los Estados tanto para limitar las formas de interacción en el conflicto armado, como para imponerles obligaciones de asistencia y protección de las personas, respectivamente.⁵⁸² De La Haya y de Ginebra surgen dos principios fundantes:

“el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de guerra no es ilimitado”

(La Haya); y

“las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades

⁵⁸⁰) TPIY, caso Tadic Decisión del 02/10/1995, para. 97.

⁵⁸¹) Kalshoven Frits y Zegveld Liesbeth, Restricciones en la conducción de la Guerra, Introducción al derecho internacional humanitario, CICR, Buenos Aires, 2003, p. 12.

⁵⁸²) Con respecto al Derecho de La Haya, ver Hensel, Howard M., The law of armed conflict: constraints on the contemporary use of military force, Aldershot, Hants, England ; Burlington, VT : Ashgate Pub. Co., 2005; Human rights watch Medio Oriente: proyecto Armas, Civilian pawns: laws of war violations and the use of weapons on the Israel-Lebanon border New York : Human Rights Watch, 1996; Wilson, Heather A., El Derecho Internacional y el uso de la fuerza por los movimientos de liberación nacional, Oxford [Oxfordshire]: Clarendon Press ; New York : Oxford University Press, 1988. En relación al Derecho de Ginebra, ver Valencia Villa, Alejandro, La humanización de la guerra: derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia, Bogotá, Colombia: Ediciones Uniandes: Tercer Mundo Editores, 1991; Comisión independiente sobre cuestiones de DIH, Modern wars: the humanitarian challenge : a report for the Independent Commission on International Humanitarian Issues, London; Atlantic Highlands, N.J.: Zed Books, 1986; Primoratz, Igor, Civilian immunity in war, Oxford ; New York: Oxford University Press, 2007; Levie, Howard S., Protección de las víctimas de la guerra: Protocolo 1 de las Convenciones de Ginebra de 1949, Dobbs Ferry, NY: Oceana Publications, 1979-1981; Best, Geoffrey, Humanity in warfare, New York : Columbia University Press, 1980; Reglas básicas de las Convenciones de Ginebra y sus protocolos adicionales, Comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1983; Bory, Françoise, Origen y desarrollo del derecho internacional humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1982.

serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad” (Ginebra).⁵⁸³

El objeto básico del derecho de Ginebra consiste en la "ayuda desinteresada para todas las víctimas de la guerra sin discriminación, para todos aquellos que (...) ya no son más enemigos sino solamente sufrientes e indefensas personas humanas".⁵⁸⁴ La protección se proporciona no contra la violencia de la guerra en sí, sino "contra el poder arbitrario que una parte obtiene, en el transcurso de un conflicto armado, sobre las personas que pertenecen a la otra parte".⁵⁸⁵

El DIH se compone de un mínimo de principios de la acción humanitaria.⁵⁸⁶ La llamada “Cláusula Martens” resume la aspiración primera y mínima del DIH:

*“Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.*⁵⁸⁷

Este mínimo de respeto se traduce simplemente en la inviolabilidad de la persona expresada en la protección de su vida, integridad física y moral y de los atributos de la personalidad, excepción hecha de los enemigos en combate, a quienes se puede privar de alguno de estos derechos, pero en función de las prácticas aceptadas por la costumbre internacional y el derecho de gentes.

Un segundo principio básico del DIH es el de no discriminación:

*“Las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en otro criterio análogo.”*⁵⁸⁸

Un tercer principio es el de seguridad de la persona, que se resume en las garantías procesales

⁵⁸³) Pictet, Jean, Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario, Curso del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, Universidad Robert Schuman, 1982, p. 31.

⁵⁸⁴) International Committee of the Red Cross, The Geneva Conventions of August 12, 1949, Geneva, Preliminary Remarks, p. 1.

⁵⁸⁵) Kalshoven Frits y Zegveld Liesbeth, Op. cit., p. 59.

⁵⁸⁶) Ver la clásica obra de Pictet, Jean, Development and principles of international humanitarian law, Dordrecht, Neth.: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

⁵⁸⁷) La Cláusula Martens aparece por vez primera en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. La Cláusula es introducida por el Delegado Ruso, profesor von Martens en la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899. Ver Fiódor Fiódorovich Martens (1845-1909) -humanista de los tiempos modernos, Revista Internacional de la Cruz Roja (RICR), no 135, mayo-junio de 1996, pp. 324-339. Martens añadió la declaración después de que los delegados de la Conferencia de la Paz no lograran ponerse de acuerdo sobre la cuestión del estatuto de las personas civiles que portaban armas contra una fuerza ocupante. Gran parte de las fuerzas militares pensaba que debían ser consideradas como francotiradores y que eran punibles con la ejecución, mientras que los Estados más pequeños sostenían que debía considerárselas como combatientes legítimos. Ver Kalshoven, V. F., Constraints on the Waging of War, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, p. 14.

⁵⁸⁸) Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra, Tomado de III. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Comentario del artículo bajo la dirección de Jean Pictet. Fórmulas de la misma índole fueron introducidas en varias disposiciones de los Protocolos de 1977, especialmente en el preámbulo y en los arts. 10 y 75 del Protocolo I, así como en el art. 2 del Protocolo II.

básicas que deben ser respetadas por la potencia en cuyo poder se encuentre. La prohibición de represalias, castigos colectivos, toma de rehenes y deportaciones es expresa.⁵⁸⁹

El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR en adelante)⁵⁹⁰ se constituye en el organismo de aplicación de los convenios de Ginebra. En este contexto, se destacan los principios de acción del CICR que constituyen una guía de acción para toda organización humanitaria que procure -previa aceptación de las partes en el conflicto-, socorrer a las víctimas.⁵⁹¹

El principio de humanidad se resume en que "las exigencias militares y el mantenimiento del orden público serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana."⁵⁹² El CICR define como "humanitario" a aquello "concerniente al individuo en su condición de persona humana, independientemente de su valor como militar, político, profesional u otra unidad", y "no afectado por otra consideración política o militar."⁵⁹³ La CIJ en el caso Nicaragua v. Estados Unidos, al considerar el tipo de ayuda que Estados Unidos proveía a los contras, tuvo oportunidad de expedirse sobre el contenido de la asistencia humanitaria prestada por un Estado sin la previa autorización de las partes en conflicto. Dijo la CIJ:

"Una característica esencial de una ayuda humanitaria verdadera es el ser brindada "sin discriminación" de ningún tipo. En la mirada de la Corte, si la provisión de "ayuda humanitaria" quiere escapar a su condena como intervención en los asuntos internos de Nicaragua, no solo deberá estar limitada a los propósitos consagrados en la práctica de la Cruz Roja, es decir, "prevenir y aliviar el sufrimiento humano" y "proteger la vida y salud y asegurar el respeto para la persona humana"; también, y sobre todo, deberá ser dada sin discriminación a todos quienes la necesiten en Nicaragua, no solamente a los contras y sus dependientes."⁵⁹⁴

El principio de imparcialidad se expresa a través de la prohibición de la discriminación negativa del

⁵⁸⁹) El Protocolo Adicional I de 1977 dio el paso considerable consistente en prohibir las represalias contra la población civil, incluso por lo que respecta a los bombardeos aéreos. Su art. 75 contiene la formulación de las garantías fundamentales, figurando la prohibición de la toma de rehenes y de los castigos colectivos.

⁵⁹⁰) Los siete Principios Fundamentales del accionar del CICR son humanidad, imparcialidad, neutralidad, independencia, voluntariado, unidad, universalidad. Ver CICR, Los Principios Fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, publicación CICR, 1992, ref. 0513.

⁵⁹¹) Mackintosh, Kate, Humanitarian Policy Group, The Principles of Humanitarian Action in International Humanitarian Law, HPG Report 5, Mayo 2000, p. 7.

⁵⁹²) Pictet, Jean, Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario, Curso del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, Universidad Robert Schuman, 1982, p. 31.

⁵⁹³) Pictet, Jean, Comentarios a los Convenios de Ginebra, CICR, 1958, p.96.

⁵⁹⁴) ICJ, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Méritos, para. 243. La traducción es nuestra. En su versión oficial en inglés: An essential feature of truly humanitarian aid is that it is given without discrimination of any kind. In the view of the Court, if the provision of humanitarian assistance is to escape condemnation as an intervention in the internal affairs of Nicaragua, not only must it be limited to the purposes hallowed in the practice of the Red Cross, namely to prevent and alleviate human suffering". And to protect life and health and to ensure respect for the human being; it must also, and above all be given without discrimination to all in need in Nicaragua, not merely to the contras and their dependents.

art. 3 común a los IV Convenios de Ginebra. También se expresa en la prohibición de realizar distinciones basadas en la subjetividad de la víctima: por ejemplo, su eventual calidad de culpable o inocente, o de buena o mala. Se presenta aquí un contraste interesante con el DI de los refugiados, el cual excluye de su asistencia a las personas acusadas de crímenes internacionales.⁵⁹⁵

La neutralidad como principio implica que "la asistencia humanitaria nunca es una injerencia en el conflicto". Se considera tanto la neutralidad ideológica como la no participación en las hostilidades, sea de manera directa o indirecta. Surge aquí la noción del "control efectivo" que debe mantener la organización humanitaria respecto del material, servicios o facilidades de socorro para poder exigir a una parte en conflicto el libre paso de las mismas por su territorio a fin de asistir a víctimas civiles del enemigo, evitando que la asistencia sea destinada al mercado negro o ayuda logística de los combatientes enemigos.⁵⁹⁶ En Sudán, las Reglas Operativas para la asistencia humanitaria, establecieron el compromiso de todas las agencias en "reclutar el staff dotado con adecuadas capacidades técnicas, habilidades personales y experiencia para su trabajo".⁵⁹⁷

Aún cuando el DIH convencional haya surgido históricamente antes que la noción de los derechos humanos, se lo ha definido como la "rama de los derechos humanos aplicable a conflictos armados internacionales, y en casos limitados, a conflictos armados internos."⁵⁹⁸ Sin embargo, el ámbito de protección inicial del DIH fue sumamente limitado. Meron opina: "(...) en tanto las reglas del juego sean respetadas, al Derecho Internacional Humanitario se le permite causar sufrimiento, privación de libertad y la muerte."⁵⁹⁹ En suma, el DIH y especialmente los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales se basan "en el principio fundamental que las personas protegidas deben ser respetadas (obligación pasiva) y protegidas (obligación activa) en todas las circunstancias y recibir un trato humano sin distinción alguna de índole desfavorable basada en el sexo, raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas o en cualquier otro criterio análogo."⁶⁰⁰

V. Ámbitos de aplicación del DIH

El ámbito de aplicación material de las normas humanitarias consiste en la protección de las

⁵⁹⁵) Estatuto de la Agencia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, AG, Resolución 428 (V) de 14 Diciembre 1950. El art. 7.d. menciona que entre otros casos, la competencia del Alto Comisionado no se extenderá a acusados de crímenes internacionales o sujetos a extradición. Artículo 7.(d) In respect of whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime covered by the provisions of treaties of extradition or a crime mentioned in article VI of the London Charter of the International Military Tribunal or by the provisions of article 14, paragraph 2, of the Universal Declaration of Human Rights. (Ver UN General Assembly Resolution 217 A (III) of 10 December 1948).

⁵⁹⁶) IV Convención de Ginebra, art. 23.

⁵⁹⁷) Ground Rules, Section B, para. 4, Levine, 1997, citado por Mackintosh, Kate, Humanitarian Policy Group, The Principles of Humanitarian Action in International Humanitarian Law, HPG Report 5, Mayo 2000, p. 9.

⁵⁹⁸) Buergenthal, Thomas y otros, op. cit., p. 129.

⁵⁹⁹) Theodor Meron, The Humanization of International Humanitarian Law, The American Society of International Law, American Journal of International Law, April, 2000, 94 AJIL 239.

⁶⁰⁰) CG I y II, art. 12; CG III, art. 16; CG IV, art. 27. Ver Kalshoven Frits y Zegveld Liesbeth, Op. cit., p. 62.

personas que no participan en las hostilidades o se encuentran fuera de combate⁶⁰¹ (vertiente de Ginebra) a la vez que limita el empleo de medios y métodos de guerra (vertiente de La Haya). El DIH ha influenciado largamente las provisiones de las cuatro Convenciones de Ginebra y sus tres Protocolos Adicionales en cuestiones tales como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos y castigos crueles, inhumanos y degradantes; el debido proceso; las condiciones por las cuales se prohíbe el arresto y detención arbitrarios; la especial protección de los niños e incluso el derecho a la vida familiar.

Dentro del articulado de los Convenios de Ginebra se afirman una serie de derechos que se reconocen a toda víctima del conflicto armado que se encuentran en poder del adversario, tanto miembros de las fuerzas armadas como civiles, al tiempo que castiga violaciones graves del DIH. Existe aquí una sutil línea que separa al DIH del DIPenal, dividiendo lo que el primero permite de lo que el segundo prohíbe. Los actos permitidos hallan su base en la soberanía estatal y la posibilidad de utilizar legalmente la fuerza. Las prohibiciones encuentran su fundamento en el respeto de la vida y dignidad humanas y el principio de la solución pacífica de controversias.

Respecto del ámbito personal, el DIH impone obligaciones a los Estados partes del conflicto armado en beneficio de los individuos. Establece así obligaciones y responsabilidades estatales respecto de "todos los actos cometidos por las personas que formen parte de su fuerza armada", lo cual fue reconocido por primera vez en el art. 3 del Convenio de La Haya de 1907 sobre la guerra terrestre, acarreando responsabilidad internacional para el Estado implicado en los actos internacionalmente ilícitos.⁶⁰² A esta responsabilidad del Estado, se suma la responsabilidad individual de sus agentes y funcionarios por la eventual participación en la comisión de crímenes internacionales y específicamente, crímenes de guerra.

En relación con los ámbitos temporal y territorial, los CG y sus Protocolos Adicionales se aplican únicamente en tiempos de conflicto armado y beligerancia, desde el inicio del mismo y hasta su conclusión, abarcando el territorio de los Estados partes de tales instrumentos, y aun cuando los Estados contratantes no hubieran reconocido el status jurídico de guerra.⁶⁰³

⁶⁰¹) Entre los primeros, civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias; y entre los segundos, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra. CICR, Los Convenios de Ginebra: piedra angular del derecho internacional humanitario, 2-01-2009, internet www.icrc.org.

⁶⁰²) Esta responsabilidad es amplia pues incluiría no sólo a quienes se encuentran bajo su dependencia formal o funcional sino también a civiles que actúan bajo su aquiescencia. En base a este principio se establecieron las indemnizaciones sancionatorias tras la I Guerra Mundial.

⁶⁰³) Convenios de Ginebra, artículo 2 común, que dispone que los Convenios se aplican en su totalidad en todos los casos de Guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra.

VI. Mecanismos de aplicación

Es necesario distinguir entre el control de las obligaciones de protección de civiles y personal militar fuera de combate (heridos, enfermos, náufragos y prisioneros) y de limitación en el uso de armamento y estrategias de combate que asumen los Estados, y la cuestión de las infracciones graves a los Convenios de Ginebra, protocolos adicionales y leyes y costumbre de la guerra, más conocidos como crímenes de guerra.

Primero, cualquier organismo humanitario e imparcial puede ofrecer los servicios a las partes en conflicto para la protección y socorro de las víctimas. Por tradición e historia se reconoce al CICR como la autoridad de aplicación tradicional.⁶⁰⁴ Iniciado el conflicto internacional, los Convenios de Ginebra disponen un sistema de Potencias Protectoras, que ya constituía práctica consuetudinaria en el DI⁶⁰⁵, pudiendo acordarse el reemplazo de las mismas por el organismo humanitario elegido, al cual se le otorgan iguales funciones que a las primeras.⁶⁰⁶

Además de la ayuda efectiva vigente el conflicto y con inmediata posterioridad a su conclusión, el DIH se vale de la acción lenta y progresiva a través de la incorporación al derecho interno de normas humanitarias por parte de los Estados. Por ejemplo, la obligación de instrucción y educación de las fuerzas armadas y de la población civil.⁶⁰⁷

Segundo, en lo que respecta a los crímenes de guerra, los CG no cuentan con sanciones penales ni previeron en su momento la constitución de un tribunal penal de carácter internacional. Con lo cual hubo que esperar la constitución de tribunales *ad hoc* en la década de 1990, que se encontraban habilitados por su Estatuto a aplicar las normas del DIH, para que una jurisdicción internacional aplicara la normativa pertinente. Así, los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Rwanda fueron los primeros tras Nüremberg en aplicar sanciones por la comisión de infracciones graves a los Convenios de Ginebra y otras leyes y costumbres de la guerra.⁶⁰⁸ A éstos, deben sumarse los restantes tribunales *ad hoc* creados posteriormente y la Corte Penal Internacional en la medida en que su competencia los habilita al juzgamiento de los llamados crímenes de guerra, lo cual tratamos en lugar oportuno.

⁶⁰⁴) CG I, art. 3.2; arts. 9; 11; 23; 26; 38; 44; y 53. CG II, arts. 3; 9; 10; 11; 24; 25; 41; y 43. CG III, arts. 3; 9; 10; 11; 56; 72; 73; 75; 79; 81; 123; 125; y 126. CG IV, arts. 3; 10; 11; 12; 14; 25; 30; 59; 61; 63; 76; 96; 102; 104; 108; 109; 111; 140; 142; y 143.

⁶⁰⁵) Kalshoven Frits y Zegveld Liesbeth, op. cit., p. 83.

⁶⁰⁶) CG I, art. 10.

⁶⁰⁷) Convenios de Ginebra I a IV, arts. 47, 48, 127 y 144 respectivamente.

⁶⁰⁸) CS ONU Resolución 827 (25/05/1993) por la cual se crea el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Estatuto TPIY arts. 1, 2 y 3; y Resolución 955 (08/11/1994) que establece el Tribunal Penal Internacional para Rwanda, TPIR arts. 1 y 4. El Tribunal para la ex Yugoslavia afirmó que tras el surgimiento del conflicto, es el propio tribunal encargado de juzgar las infracciones, el que decide sobre el carácter internacional o interno del conflicto junto con las sanciones que se aplicarán a los individuos responsables.

Sección Segunda: el derecho internacional penal

I. Antecedentes. Los Principios de Nüremberg

El subsistema del DIPenal constituye la última *ratio* en la protección de los derechos humanos. Parte de reconocer la existencia de un núcleo duro de derechos humanos básicos cuya violación, ocurra en tiempos de paz o conflicto armado, lo habilita a perseguir a los responsables individuales, someterlos a un debido proceso y eventualmente aplicarles una pena. Corresponde al DIPenal elaborar los elementos de los crímenes, que deben hallarse presentes al momento de la comisión, basados éstos en los bienes jurídicos protegidos. Para este fin se vale de normas que son ya parte del *jus cogens*. En opinión de Meron:

*"Sin duda, las ofensas incluidas en el Estatuto de la CPI bajo los crímenes contra la humanidad y el art. 3 común (a los CG) son virtualmente indistinguibles de violaciones graves de los Derechos Humanos. Se superponen con violaciones de algunos derechos humanos fundamentales, que entonces devienen criminalizados (...)."*⁶⁰⁹

Aun así, las conductas criminales asumen su propia naturaleza como parte de un derecho penal internacional en formación, y no una simple extensión de sanciones frente a violaciones del DIDH. Darryl Robinson remarca que:

*"todas las delegaciones [en la Conferencia de Roma que instituyó la Corte Penal Internacional] acordaron que la jurisdicción de la Corte se refiere a violaciones graves del Derecho Penal Internacional, no del Derecho Internacional de los Derechos Humanos."*⁶¹⁰

Esta afirmación es básica porque brinda espacio propio al revitalizado DIPenal, a la vez que no invade incumbencias de los demás subsistemas.

De los siete principios de Nüremberg afirmados por la AG ONU y la CDI⁶², cinco son considerados *strictu sensu* como pilares básicos del subsistema penal internacional, en tanto el Sub-Comité de redacción de la CDI optó por enunciar por separado los crímenes internacionales.⁶¹¹ Tras Nüremberg, por un lado ciertos actos fueron declarados criminales, y por otro, se afirmaron reglas

⁶⁰⁹) Meron, Theodor, op. cit. para. 266.

⁶¹⁰) Darryl Robinson, Defining Crimes against Humanity at the Rome Conference, 93 AJIL 43, pp. 45-46 (1999).

⁶¹¹) Véase Formulation of Nurnberg Principles, Document A/CN.4/22, Report by J. Spiropoulos, Spécial Rapporteur, [Original Text: English], [12 April 1950], Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, p. 181. Se encuentra en British Library, Londres, Reino Unido. Ver también Werle, Gerhard, Principles of International Criminal Law, Cambridge University Press, April, 2005; Ferrando Mantovani, Sobre los principios generales del derecho internacional penal, en Cuadernos de política criminal N° 84, 2004, ps. 81-98; Champo Sanchez, Nimrod Mihael, El derecho penal frente a la globalización, Boletín Comparado de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 116, mayo- agosto 2006, pp. 405-428; Andrés Domínguez, Ana Cristina, Derecho Penal Internacional, Tirant lo Blanch, 2006; Ambos, Kai, La parte general del derecho penal internacional, Traducción de Ezequiel Malarino, Konrad Adenauer Foundation, Temis, 2004.

substantivas referidas a la responsabilidad y la defensa de las personas acusadas de haber ejecutado las conductas penales. Mientras que el Sub-Comité que se encargaba del borrador de lo que sería el Estatuto de Núremberg, llegaba a un rápido acuerdo sobre los principios que gobernarían la responsabilidad de las personas acusadas de crímenes bajo el DI, como por ejemplo el rechazo de la capacidad oficial del acusado como causal de inmunidad jurisdiccional; la imposibilidad de invocar la obediencia debida como eximente; y la responsabilidad de los cómplices, el acuerdo respecto de las conductas criminales a sancionar demoró más tiempo.⁶¹²

De los cinco principios sustanciales, el primero afirma la existencia de responsabilidad individual por la comisión de un delito internacional. El aporte básico consiste en declarar que el DI impone obligaciones directas a la persona humana, con independencia de lo que establezca el derecho interno. Con esto, se inicia el reconocimiento de la personalidad internacional del individuo. Este principio halla su fundamento en el art. 6 primer párrafo del Estatuto de Núremberg. En su redacción original, el Principio mencionaba no sólo a los autores sino también a los cómplices, lo que luego la AG ONU consideró motivo de redacción por separado generando el principio séptimo. El Tribunal de Núremberg afirmó "que el derecho internacional impone obligaciones y responsabilidades a los individuos como también a los Estados, ha sido largamente reconocido."⁶¹³

El segundo Principio distingue entre el DI y el derecho interno, y afirma la existencia de un crimen internacional con independencia de lo que al respecto exprese o calle el derecho interno. Con razón se ha afirmado que una vez admitido el principio anterior, este segundo principio deviene innecesario ya que la instrumentación de la responsabilidad individual presupone que el derecho interno no pueda constituirse en una defensa para su exclusión. No obstante, cumple el propósito de reafirmar respecto de todos los crímenes internacionales mencionados, las obligaciones directas impuestas por el DI a todos los sujetos y actores del sistema internacional. Es característico el siguiente pasaje de la sentencia:

"...La verdadera esencia del Estatuto es que los individuos poseen obligaciones internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por su respectivo estado."⁶¹⁴

El tercer Principio excluye la defensa basada en la capacidad oficial que posea el victimario y la

⁶¹²) Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, p. 184. Finalmente lo que sería el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar internacional se concluyó en Julio 31 de 1945, 20 días después del acuerdo sobre los principios. Véase Observations of French delegation on American draft, 28 June 1945; Comments and proposals of Soviet delegation on American draft, 28 June 1945, and Amendments proposed by the United Kingdom delegation, 28 June 1945. Report R. Jackson, pp. 86-96; 185; y 395.

⁶¹³) Tribunal Internacional Militar de Núremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 52.

⁶¹⁴) Tribunal Militar Internacional de Núremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 53.

posibilidad de invocar la inmunidad jurisdiccional del Estado. Dijo el Tribunal de Nüremberg:

*"El principio de DI que bajo determinadas circunstancias protege a los representantes de los Estados, no puede ser aplicado a actos que son condenados como criminales por el DI. Los autores de estos actos no pueden refugiarse detrás de su posición oficial en orden a ser liberados del castigo..."*⁶¹⁵

La misma idea se expresa en otro párrafo:

*"Aquel que viola las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por actuar bajo la autoridad del Estado, si el Estado al autorizar tales acciones se mueve fuera de su competencia conforme el DI"*⁶¹⁶

Medio siglo después, la Cámara de los Lores Inglesa en el caso **Pinochet** dirá:

*"¿Puede afirmarse que la comisión de un delito que constituye un crimen internacional contra la humanidad y el jus cogens es un acto realizado bajo una capacidad oficial en nombre del Estado?. Creo que constituye un fundamento de peso el afirmar que la implementación de la tortura tal como se la define en la Convención contra la Tortura no constituye una función del Estado."*⁶¹⁷

La CIJ en el caso **Orden de Arresto** excluye la pretensión de jurisdicción universal ejercida por un Estado de la comunidad internacional en oposición al principio de inmunidad de jurisdicción, aunque omite pronunciarse respecto de la posibilidad de una jurisdicción internacional.⁶¹⁸

El cuarto Principio excluye la defensa de "obediencia debida a órdenes superiores" aunque prevé la imposibilidad moral de opción (*duress*). El principio tiende a descartar la defensa aunque considera el contexto en el cual las órdenes han sido dictadas y obedecidas, pudiendo servir como atenuante para la condena. Respecto del criterio para determinar el grado de responsabilidad de una persona que actúa bajo las órdenes de un comando superior, el Tribunal de Nüremberg dijo:

*"el verdadero test, que se encuentra en diversos grados en el derecho penal de la mayoría de las naciones, no se basa en la existencia de la orden, sino si una elección moral fue de hecho posible"*⁶¹⁹

El quinto Principio afirma las garantías del debido proceso. El Estatuto de Nüremberg contenía un capítulo titulado "Juicio justo de los acusados" que aseguraba cinco puntos:

- (i) la acusación debía especificar los cargos, luego junto con todos los documentos acusatorios traducidos, debían ser entregados a la defensa con tiempo suficiente;
- (ii) en la etapa preliminar, el acusado tenía el derecho a brindar todas las explicaciones relevantes

⁶¹⁵) Idem.

⁶¹⁶) Ibidem.

⁶¹⁷) Lord Browne – Wilkinson, Pinochet 3rd case, R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3) 2000, 1 AC 147, at 203. La traducción es nuestra, en el original inglés: Can it be said that the commission of a crime which is an international crime against humanity and jus cogens is an act done in an official capacity on behalf of the state? I believe there to be strong ground for saying that the implementation of torture as defined by the Torture Convention cannot be a state function.

⁶¹⁸) Ver Corte Internacional de Justicia, Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Sentencia del 14/02/2002.

⁶¹⁹) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, pp. 53-54.

respecto de los cargos que se le imputaban;

(iii) un examen preliminar del caso debía ser realizado con traducción a un idioma que el acusado entendiera;

(iv) el acusado tenía el derecho de conducir su propia defensa ante el Tribunal o tener asistencia o consejo técnico; y

(v) el acusado tenía el derecho de presentar evidencia en apoyo a su defensa y de carearse con cualquier testigo de la fiscalía.

El derecho a un debido proceso es mencionado en la misma sentencia del Tribunal, cuando al comentar sobre la legalidad de la creación del tribunal militar internacional, afirmó: "todo lo que los acusados poseen es solicitar y recibir un juicio justo (*fair trial*) en los hechos y el derecho."⁶²⁰

Hasta aquí los cinco Principios de Nüremberg *stricto sensu*. Vemos en ellos intersecciones del DIH y del DIDH. Por ejemplo, el aporte de la responsabilidad individual por violaciones graves de las reglas y costumbres de la guerra y la exclusión de la doctrina de la obediencia debida, y al mismo tiempo la presencia del DIDH en las garantías del debido proceso de ley.

A partir de aquí, el sexto Principio reconoce como crímenes internacionales a tres figuras: (i) los delitos contra la paz; (ii) los delitos de guerra; y (iii) los delitos contra la humanidad. En su sentencia, el Tribunal realizó una afirmación general en referencia a que el Estatuto "es la expresión del derecho internacional al tiempo de su creación".⁶²¹

La guerra de agresión había sido prohibida previamente tanto por el Pacto Briand-Kellog como también por el Pacto Saavedra Lamas, ambos con importante número de ratificaciones.⁶²² El Tribunal entendió que la renuncia a la guerra implicaba su proscripción en el DI. Dijo la Corte:

*"En la opinión del Tribunal, la solemne renuncia a la guerra como instrumento de política nacional necesariamente envuelve la proposición que tal guerra es ilegal en derecho internacional; y que aquellos que planean y se comprometen en tal guerra con sus terribles e inevitables consecuencias, están cometiendo un delito al hacerlo."*⁶²³

El Tribunal además citó varios otros documentos que condenaban la guerra de agresión como un delito internacional.⁶²⁴

⁶²⁰) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 48.

⁶²¹) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 48.

⁶²²) El Pacto Briand- Kellog adoptado en París en 27/08/1928 contaba en 1939 con 63 estados firmantes. United States Statutes at Large Vol 46 Part 2, p. 2343. El Tratado Antibélico de no agresión y de conciliación (Pacto Saavedra Lamas) adoptada en Río de Janeiro en 10/10/1933 contaba con 30 estados firmantes también a 1939. OEA, Departamento de Derecho Internacional.

⁶²³) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 50.

⁶²⁴) Por ejemplo, el borrador del Tratado de Asistencia Mutua promovido por la Liga de Naciones en 1923 que en su art. 1 declaraba que la guerra de agresión es un delito internacional"; el Preámbulo del Protocolo de la Liga de Naciones

Una de las nociones más atacadas por las defensas de los jefes Nazis fue de la "conspiración" (última parte del art. 6(a) del Estatuto de Nüremberg). En este punto, el tribunal opinó que la planificación de la agresión para ser considerada criminal, no debía descansar solamente en las declaraciones de un Programa partidario, como las que se encontraban en los 25 puntos del Partido Nazi anunciado en 1920 o en las afirmaciones políticas expresadas en Mein Kampf, sino que debía examinarse si un plan concreto para comprometerse en una guerra existió, y determinar quiénes habían sido partícipes del mismo.⁶²⁵

El Tribunal también enfatizó que los crímenes de guerra se encontraban ya reconocidos por el DI. Dijo el Tribunal que "ellos estaban cubiertos por los arts. 46, 50, 52 y 56 de la Convención de La Haya de 1907, y los arts. 2, 3, 4,46 y 51 de la Convención de Ginebra de 1929" y que además la responsabilidad individual por violaciones de estos artículos estaba tan arraigada que no admitía argumentos en contra.⁶²⁶

Por último, se distinguían dos categorías de actos punibles bajo el título de "crímenes contra la humanidad": (i) asesinato, exterminación, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra; y (ii) la persecución política, racial o religiosa. Ambos tipos constituían delito si habían sido cometidos "en ejecución o en conexión con cualquier delito dentro de la jurisdicción del Tribunal" (léase agresión o crímenes de guerra). Este art. 6(c) se aplicó de manera restrictiva, ya que sus antecedentes eran escasos. Esto explica por qué el Tribunal se declaró incapaz de realizar una declaración general relativa a que los actos anteriores a 1939 "fueran crímenes contra la humanidad dentro del significado de la Carta".⁶²⁷

El Principio séptimo afirmado por la AG es un desprendimiento del primer principio en la redacción de la CDI. Establece como crimen internacional autónomo a la complicidad en los delitos internacionales afirmados previamente. Es interesante remarcar que la complicidad aceptada en Nüremberg fue sólo la referida a los tres crímenes internacionales ejecutados a partir de una

para el Arreglo Pacífico de Controversias internacionales (Protocolo de Ginebra) de 1924, el cual declaraba que "la guerra de agresión constituye una violación de esta solidaridad, y es un delito internacional; también el Tribunal citó la Declaración concerniente a las guerras de agresión adoptada en Septiembre 24 de 1927 por la Asamblea de la Liga de Naciones, cuyo Preámbulo declaraba a la guerra de agresión un crimen internacional, y la Resolución adoptada en 18/02/1928 por 21 repúblicas Americanas en la sexta Conferencia Panamericana, declarando que la guerra de agresión constituye un delito internacional contra las especies humanas. Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 54-55.

⁶²⁵) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 51-52.

⁶²⁶) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 83.

⁶²⁷) Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 84. Nada se menciona en los considerandos de la Sentencia sobre si tales actos podrían ser considerados delitos internacionales por el DI en caso de no tener conexión con los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra.

"empresa criminal conjunta", noción que será rescatada décadas después por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. Dice el Estatuto de Núremberg:

[Los] "líderes, organizadores, instigadores y cómplices participes en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los siguientes crímenes son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de tal plan".⁶²⁸

Afirma el relator de la CDI, J. Spiropoulos, que el citado párrafo no se refería a todos los casos de complicidad, sino que se limitaba solamente a la participación en un plan común o conspiración. La complicidad en crímenes individuales no fue mencionada en el Estatuto de Núremberg.⁶²⁹ Más aún, como veremos posteriormente, las sentencias de Núremberg y las de los tribunales nacidos a partir de la Ley del Control Aliado número 10 (LCC-CCL 10) sólo tuvieron en cuenta la figura de la complicidad respecto de uno sólo de los crímenes: la planificación y preparación de una guerra de agresión, descartando expresamente la complicidad en la comisión de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, aun cuando se hubiera probado la existencia de un planificación y preparación para llevar a cabo los mismos.⁶³⁰

⁶²⁸) En el original inglés: "Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any persons in execution of such a plan."

⁶²⁹) El para. del Estatuto de Núremberg tiene un doble origen. En parte se debe a un texto soviético (Draft of Agreement, 2 July 1945) y parte a un documento Estadounidense (Revised draft of Agreement, 30 June 1945). La propuesta soviética contenía el siguiente para. en la responsabilidad de los cómplices: Organizadores, instigadores y cómplices asumen la responsabilidad por los crímenes especificados en el art. 2 de este Estatuto junto con los perpetradores de tales crímenes (Organizers, instigators and accomplices bear responsibility for the crimes set out in Article 2 of this Statute along with the perpetrators of those crimes). La propuesta de Estados Unidos incluyó un para. que decía: En el juicio, el Tribunal aplicará la regla general de responsabilidad que afirma que todos aquellos que participan en la formulación o ejecución de un plan criminal que acarrea múltiples crímenes son responsables por los actos de todos y cada uno de los participantes (In the trial, the Tribunal shall apply the general rule of liability that those who participate in the formulation or execution of a criminal plan involving multiple crimes are liable for each of the offences committed and responsible for the acts of each other). La propuesta soviética de mayor amplitud, hace que los cómplices en sentido amplio respondieran por los delitos de la misma manera y junto con los autores directos, en tanto que la propuesta Estadounidense limitaba la responsabilidad a las personas que participaban en un plan criminal. El Sub-Comité de redacción que amalgamó los dos textos mencionados en el resultado ya mencionado. La substancia de las dos propuestas fue retenida en la formulación final, en tanto el texto se refiere tanto a la complicidad en crímenes individuales como a la participación en un plan criminal común o conjunto. El nuevo texto fue mantenido hasta el final. Sin embargo, finalmente el pasaje referido a la complicidad en delitos individuales fue descartado y solo permaneció la responsabilidad por complicidad referida a la participación en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los delitos mencionados en el Artículo 6 del Estatuto de Núremberg. No existe referencia alguna en los registros de la Conferencia de Londres publicados por el Departamento de Estado, de la razón para este cambio.

⁶³⁰) El Tribunal de Núremberg comentando el último para. del Artículo 6 en conexión con el primer cargo de la Acusación (complicidad en la comisión de delitos contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad), afirmó que en su opinión "estas palabras [el último para. del Artículo 6] no añaden un nuevo y separado delito a los ya existentes." En la visión de la Corte, "estas palabras fueron especificadas para establecer la responsabilidad de las personas participes de un plan común para preparar, iniciar y comprometerse en una guerra de agresión. Tribunal de Nuremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgement, p. 56. De todas maneras afirma Spiropoulos que varios de los acusados fueron sentenciados por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad con fundamento en que ellos habían emitido ordenes que resultaron en actos atroces y criminales los cuales no habían cometido por sí mismos, con lo cual eran "cómplices" en el sentido amplio del término. Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, p. 192.

II. Ámbitos de aplicación

El análisis de los respectivos ámbitos de aplicación del DIPenal que haremos a continuación se basa en el contenido del Estatuto de Roma (ER en más).

El ámbito *material* de aplicación del ER refiere la comisión de cuatro conductas: (i) el crimen de genocidio; (ii) los crímenes de lesa humanidad; (iii) los crímenes de guerra; y (iv) el crimen de agresión. Estas conductas conforman el núcleo duro de los crímenes internacionales.

El ámbito *personal* de aplicación contempla solamente a las personas físicas como eventuales responsables, sin distinguir entre su calidad o actividad oficial al momento de la comisión de las conductas criminales. En este sentido complementa al DIDH, subsistema en cuyos procedimientos es generalmente el individuo quien denuncia al Estado. En el DIPenal, es el Estado parte, la Fiscalía o el CS ONU quienes denuncian al individuo.

El ámbito *temporal* principia el 01/07/2002 fecha de entrada en vigor del Estatuto de Roma, y respecto de los Estados que accedan posteriormente, luego de la entrada en vigor del Estatuto respecto de ese Estado, salvo que realice una declaración conforme el art. 12 en su tercer párrafo ER.⁶³¹

El ámbito *territorial* de aplicación del ER está dado por los principios de territorialidad y nacionalidad activa, conforme los arts. 12 y 13. En suma, en caso que un Estado parte haya remitido una situación al conocimiento de la Fiscalía o ésta haya iniciado una investigación de oficio, los delitos deben haber sido cometidos en territorio de un Estado parte o lugares sometidos a su jurisdicción o bien el acusado debe ser nacional del Estado parte. Si el delito hubiese ocurrido en territorio de un Estado no parte, éste podrá aceptar la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) debiendo consecuentemente cooperar "sin demora ni excepción".

En resumen, el ER se ocupa de la responsabilidad criminal individual, sólo en caso que las acciones típicas hayan ocurrido en el territorio de los Estados partes, buques o aeronaves de su matrícula o el acusado sea nacional, y todo esto, desde la entrada en vigencia de las obligaciones respecto de cada Estado ratificante.

III. Mecanismos de aplicación

El DIPenal es aplicado tanto por los tribunales nacionales como por tribunales ad-hoc, de carácter internacional o mixto y por la Corte Penal Internacional, institución de carácter permanente. Los

⁶³¹ El art. 12, para. 3 del ER refiere: "3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el para. 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX."

tribunales nacionales aplican las propias normas de implementación del ER, y el DI de fuente convencional y consuetudinaria. Por su parte, los tribunales ad-hoc y especialmente la CPI, a través de sus decisiones preliminares y de mérito, interpretan las normas del DIPenal en el ámbito internacional, y en su caso, guían la aplicación a realizar por las jurisdicciones domésticas.⁶³²

El derecho a ser aplicado por la CPI resume en su versión más actual, la interrelación existente entre las normas que emanan de los tres subsistemas. En primer lugar, la CPI aplica el ER, los Elementos de los Crímenes a fin de "interpretar y aplicar los arts. 6, 7 y 8" del Estatuto⁶³³ y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Puede igualmente aplicar los tratados y los principios y normas de DI, incluidos los Principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; y además, "los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen", en tanto no sean incompatibles con el DI. En segundo lugar, puede utilizar su propia jurisprudencia. En tercer lugar, se menciona que toda aplicación e interpretación "deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos" y estar guiada por el principio de no-discriminación.⁶³⁴

De esta manera, la justicia de la CPI tiende a constituirse en una justicia ejemplarizante antes que masiva ya que su primer objeto es facilitar el desarrollo progresivo del DIPenal, facilitando que conforme los principios clásicos atributivos de jurisdicción penal, cada Estado castigue a los responsables de crímenes internacionales. Para que esto sea posible, los Estados deben dictar su propia normativa de implementación del ER, captando dentro de su orden jurídico interno, las figuras típicas internacionales y estableciendo sanciones para las mismas.

Argentina es parte del ER y consecuentemente de la CPI y ha dictado además las normas internas de implementación.⁶³⁵

Actualmente la CPI se encuentra investigando oficialmente las situaciones de Burundi, República Centroafricana, Costa de Marfil, Darfur (Sudán), Georgia, Kenya, Libia, Malí, República Democrática del Congo y Uganda. Existen otras situaciones respecto de las cuales hay una investigación preliminar en curso: Afganistán, Colombia, Comoros, Guinea, Filipinas, Irak, Nigeria,

⁶³²) Conforme lo establece el ER en su art. 21.

⁶³³) art. 9, inc. 1 ER.

⁶³⁴) ER, art. 21.

⁶³⁵) Argentina firmó el 17/07/1998, lo aprobó por ley 25390 y lo ratificó el 16/01/2001, siendo el 28o. Estado parte. Firmó igualmente el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades en 7/10/2002 y depositó el instrumento de ratificación en 1/02/2007. De manera unánime, su Senado declaró el rechazo a los Acuerdos Bilaterales de Inmunidad en 6/03/2003, propuestos a los países por Estados Unidos durante la primera parte de la Administración Bush (h.). Públicamente rechazó estos acuerdos como Estado Miembro del MERCOSUR y firmó la Posición Común del bloque adoptada en 20/06/2005 en Asunción de Paraguay. Como parte de las normas de implementación interna, dictó la ley 26200 de Implementación de la CPI (13/12/2006), publicada en 09/01/2007).

Palestina, Ucrania y Venezuela.⁶³⁶

IV. Elementos constitutivos de los crímenes internacionales

Los crímenes internacionales comprenden -al menos- dos elementos constitutivos. El primero, de carácter objetivo, es el acto criminal en sí mismo (*actus reus*). El segundo, de carácter subjetivo, consiste en la conciencia criminal (*mens rea*).⁶³⁷ El elemento subjetivo varía según la conducta considerada. Por ejemplo, la culpa en su forma de negligencia puede resultar suficiente en relación con ciertas violaciones graves del derecho de Ginebra (los crímenes de guerra), en tanto otras figuras requieren necesariamente dolo. En todo caso, la completa ausencia de *mens rea* impide la persecución penal individual.

En relación con las figuras previstas en el ER, ciertos aspectos de la intencionalidad que comprenden juicios de valor, como por ejemplo, cuando se emplean términos como "inhumanos" o "graves", no exigen que haya sido el autor quien procediera personalmente a realizar tal juicio de valor, sino que sean objetivamente "inhumanos" o "graves" conforme la moral media internacional, salvo que expresamente se indique lo contrario.

La falta de conciencia criminal puede ser alegada válidamente en diferentes circunstancias:

- (i) la primera es el error de hecho (*ignorantia facti excusat*): el error de hecho excusa pero debe ser probado por quien lo alega;
- (ii) la segunda es el error de derecho. A diferencia de la esfera interna, el error sobre el DIPenal puede llegar a alegarse en función de la inconsistencia normativa del sistema, sobre todo si el derecho interno habilita la realización de la conducta y existen dudas sobre si el DI la prohíbe. Por ejemplo, se duda respecto de la aplicación del principio "*ignorantia juris non excusat*" a la figura de los crímenes de guerra. En este caso, la aceptación o rechazo del error de derecho dependerá de cuál haya sido la norma de DIH cuya ignorancia se invoca junto a las circunstancias individuales;
- (iii) una tercera causa se refiere a la concepción anglosajona de la llamada "*duress*" o "*posibilidad de elección moral*". La misma constituye el verdadero test de la responsabilidad penal individual conforme lo afirmó el Tribunal de Nüremberg en 1946. Se resume en conocer si el autor al momento de ejecutar el hecho "*ha contado con la posibilidad de elección moral*". Si al ejecutar el crimen, no existe otra alternativa que hacerlo para salvar la propia vida o la de una persona cercana de manera inmediata, entonces podrá alegar con éxito la falta de *mens rea* fundado en la

⁶³⁶ Para información reciente, consultar el sitio de la CPI <https://www.icc-cpi.int/> así como de la ONG Coalición para la Corte Penal Internacional, en español <http://www.coalitionfortheicc.org/es>.

⁶³⁷ Dinstein, Yoram, The distinctions between war crimes and crimes against peace, en War crimes in International Law, ed. by Yoram Dinstein and Mala Tabory. Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, the Hague, The Netherlands, 1996, ps. 6-7.

imposibilidad moral de opción (*duress*). La prueba corresponde a quien la invoca.

Proponemos a continuación el análisis de las cuatro ofensas básicas codificadas en el ER con dos finalidades principales: (i) exponer la evolución normativa y sociológica ocurrida en relación con cada una, probando en consecuencia su carácter actual de normas imperativas de DI (*jus cogens*), y (ii) exponer ordenadamente las conductas que componen cada figura junto con sus circunstancias y consecuencias.⁶³⁸ Como complemento imprescindible, veremos luego la adecuación normativa Argentina en función de los compromisos asumidos desde la ratificación del ER.

V. El crimen de agresión

V.1. Evolución sociológico – normativa. La ONU establece en su Carta constitutiva la prohibición de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza entre sus principios fundantes (art. 2(4)). Una de las excepciones generalmente reconocidas autoriza el recurso a la amenaza o uso de la fuerza en carácter de legítima defensa frente a un ataque armado.

El primer documento relevante en la definición de agresión surge tras la IIGM. En Nüremberg se juzgó a los jefes nazis por la comisión de crímenes contra la paz, esto es, el planeamiento y ejecución de una guerra de agresión, una guerra de conquista en definitiva.⁶³⁹ Es interesante conocer la acusación llevada adelante por el fiscal Británico, quien afirma el "principio de la responsabilidad individual en el plano internacional", a partir del plan diseñado por Hitler desde antes de su ascenso al poder en Alemania. En palabras del acusador Británico,

"los tratados, las garantías, los derechos de los Estados soberanos no significaban nada. La fuerza brutal protegida por un elemento de sorpresa tan amplio como los nazis podían reservarse, se unían para alcanzar lo que se juzgaba indispensable a fin de asestar a Inglaterra un golpe mortal."⁶⁴⁰

La teoría del "espacio vital" (*living space* o *Lebensraum*) reinventada por la Alemania nazi, traía como corolario inevitable el recurso a la fuerza como estrategia política a fin de satisfacer la necesidad de la "raza superior" Aria a costa de las demás "razas inferiores" que habitaban la Europa del este.

La AG ONU debió definir el concepto de agresión a fin de darle contenido. Dicta entonces la Resolución AG 3314 (XXIX):

"La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición (sic)" (art. 1).

Establece luego una presunción *iuris tantum*:

⁶³⁸) En este punto elegimos seguir el orden de examen establecido en el Documento que detalla la Estructura de los Elementos de los Crímenes, que complementa el Estatuto de Roma de 1998.

⁶³⁹) La acusación corrió a cargo del Reino Unido, ocupando el rol de acusador de la Corona sir Hartley Shawcross quien se ocupó del segundo cargo de la acusación.

⁶⁴⁰) Extraído de la acusación Británica, en Le Procès de Nüremberg, Tome Premier, Éditions de Crémillle, 1997, p. 270.

"El primer uso de la fuerza armada por un Estado en contravención de la Carta constituirá prueba prima facie de un acto de agresión, aunque el Consejo de Seguridad puede concluir, de conformidad con la Carta, que la determinación de que se ha cometido un acto de agresión no estaría justificada a la luz de otras circunstancias pertinentes, incluido el hecho de que los actos de que se trata o sus consecuencias no son de suficiente gravedad" (art. 2).

Luego enuncia ciertos actos que son característicos de la figura de la agresión según se define, entre los que se cuentan la invasión, ataque y toda ocupación militares, el bombardeo, el bloqueo de puertos y costas, etc. Sobre la autorización de la autodefensa prevista en el art. 51 Carta ONU, ciertos Estados han construido el corolario que entendemos erróneo, de la legítima defensa preventiva, alegada y utilizada en ocasiones desde la IIGM.

Hacia el final del siglo XX, el Estatuto de la CPI reconoce competencia a la Corte Penal que crea, para entender en la comisión del crimen de agresión. Sin embargo, de los cuatro crímenes internacionales establecidos en el Estatuto, el de agresión es el único cuya definición se pospone:

"La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los arts. 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas." (art. 5(2) ER).

En 2010 la Asamblea de Estados parte del Estatuto de Roma aprueba por medio de su Resolución 6, la tipificación del crimen de agresión⁶⁴¹:

"A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un "crimen de agresión" cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas."⁶⁴²

Por "acto de agresión" reafirma el contenido de la Resolución AG 3314 (XXIX-1974).⁶⁴³ Tal como se había establecido en la Resolución 6 citada, la Asamblea de Estados partes adopta una Decisión en diciembre de 2017 tendiente a activar la competencia de la CPI respecto del crimen de agresión. Esto finalmente ocurre el 17/07/2018, en el vigésimo aniversario del Tratado de Roma, exclusivamente para los Estados miembros de la CPI que ratificaron o aceptaron la enmienda al ER. También estipula que la CPI no tendrá jurisdicción sobre los Estados miembros, o sus nacionales, que no hayan ratificado o aceptado estas enmiendas en el caso de una investigación de remisión estatal o por motu proprio (iniciada por el/la fiscal de la CPI). Sin embargo, los jueces de la CPI mantienen su independencia al decidir sobre cuestiones jurisdiccionales, y las remisiones del CS de

⁶⁴¹) Resolución RC/Res. 6, aprobada por consenso, el 11/06/2010, decimotercera sesión plenaria, Enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional relativas al crimen de agresión. Fue ésta la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se celebró en Kampala, Uganda, del 31/05 al 11/06/2010.

⁶⁴²) ER, art. 8 bis(1).

⁶⁴³) ER, art. 8 bis(2).

la ONU no tienen limitaciones jurisdiccionales.

VI. El crimen de genocidio

VI.1. Evolución sociológica – normativa. El término genocidio fue formulado por Raphael Lemkin durante la IIGM (1944), denotando la intención de destruir un grupo étnico.⁶⁴⁴ Las definiciones normativas contemporáneas han ampliado su espectro a otros géneros tal como el religioso y el racial, y han solicitado sin éxito, su ampliación al género político.

Desde lo sociológico, varios principios mantenidos en los procesos de Núremberg y de Tokio fueron confirmados por la AG en 1946 brindándole reconocimiento normativo. Así, la AG ONU declaró al genocidio un crimen de DI, por lo cual sus autores quedan sujetos a castigo, sin importar su carácter de gobernantes, funcionarios públicos o simples privados. El 11/12/1946 la AG ONU mediante su Resolución 96(1) resuelve considerar al genocidio como un delito internacional, contrario a la misma Carta de las Naciones Unidas, y lo caracteriza:

"El genocidio es la negación al derecho de existencia de los grupos humanos, del mismo modo que el homicidio es la negación del derecho a la vida de los seres humanos individuales, de tal negación del derecho de existencia se siguen grandes pérdidas para la humanidad por la privación de las contribuciones culturales y de otro orden representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y fines de las Naciones Unidas."

Seguidamente, se dan los pasos necesarios para concluir una convención sobre la materia. Como resultado, en 09/12/1948, la AG ONU adopta la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio (CPSG en adelante)⁶⁴⁵, en vigor desde 1951. Esta Convención entiende por genocidio "...cualquiera de los actos (...) perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso." (art. 2 CPSG).

Los Estados contratantes aceptan que el genocidio (sea cometido en tiempo de paz o de guerra) es un crimen de DI, para luego comprometerse a prevenirlo y sancionarlo. Los responsables serán castigados, "ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares" (art. 4 CPSG). Se afirma la obligación de los Estados de legislar domésticamente para lograr la vigencia efectiva de la CPSG dentro de su jurisdicción territorial, así como la obligación de extraditar a las personas reclamadas por la participación en el delito (arts. 5 y 7 CPSG). Los Estados pueden solicitar a los órganos competentes de la ONU la adopción de medidas apropiadas para la prevención y represión de esta ofensa (art. 8 CPSG). Se establece una jurisdicción internacional conjuntamente con la doméstica, de acuerdo al principio de territorialidad (lugar de comisión del acto, art. 6 CPSG). También se establece una obligación de cooperación de todos los Estados a fin de perseguir la ofensa, lo cual

⁶⁴⁴ Lemkin, Raphael, Axis rule in occupied Europe. Carnegie Endowment for International Peace, 1944, Washington, USA. Es éste el significado de genos = raza.

⁶⁴⁵ Res. 260 III A, AG ONU de 12/12/1948.

algunos entienden como fundamento de una jurisdicción universal (art. 5 CPSG).

Finalmente, el ER (1998) refiere la figura en diversos artículos. Se afirma la jurisdicción internacional de la CPI respecto del crimen de genocidio (art. 1 ER). Las conductas comprendidas son similares a las previstas en la CPSG de 1948 por lo que a ella remitimos (art. 6 ER). Establece la responsabilidad criminal individual en general, pero respecto del genocidio en particular, afirma la responsabilidad de quien instiga directa y públicamente a otros a cometerlo (art. 25, inc. 3. e. ER). Frente a la posibilidad de invocar la obediencia debida a órdenes de superiores, se afirma que aquellas órdenes que impliquen la comisión de genocidio y crímenes contra la Humanidad son manifiestamente contrarias al Derecho (art. 33(2) ER), y en consecuencia, la eximente de responsabilidad referida no es aplicable.

Respecto de la relación del genocidio con los restantes crímenes internacionales, el primero se diferencia de los crímenes de guerra⁶⁴⁶, en que en estos últimos existe una violación de las reglas de los conflictos armados (que son obligaciones entre Estados al fin y al cabo) en tanto que en el genocidio, existe una violación de los derechos de la persona humana en particular y de la Humanidad en su conjunto. El genocidio es una especie de crimen contra la Humanidad que ha logrado autonomía.

La interpretación de las conductas que constituyen la figura de genocidio tiene por fundamento pretendidas teorías de superioridad grupal afirmada por quienes ordenan y/o perpetran las ofensas. Su finalidad es la depuración de la composición étnica de la Humanidad, para que en un estadio final queden sólo aquellos grupos considerados superiores o más aptos. La intención del victimario trasciende el simple asesinato. Se dirige a la eliminación de una cultura, de sus costumbres y con ella de su historia a partir de la eliminación física de los miembros del grupo victimizado. Se busca que nada de lo que se pretende eliminar quede hacia el futuro, lograr que objetivamente el grupo étnico, nacional, racial o religioso jamás haya existido. Es por esto que tanto el carácter como las condiciones personales de la víctima se vuelven un elemento secundario y hasta irrelevante. Su membresía objetiva al grupo constituye su sentencia de muerte.

Por lo expuesto, además de constituir un ataque contra el individuo y grupo de pertenencia, implica una agresión a la Humanidad como síntesis de la existencia de los pueblos, de su historia y su cultura, representando un peligro concreto para la supervivencia de la diversidad. Calculándose en

⁶⁴⁶) Definidos ya en 1907 por la Convención de la Haya y posteriormente por la codificación del derecho de guerra en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, en suma el llamado Derecho Internacional Humanitario.

cerca de ocho mil las etnias culturalmente diferentes que habitan el planeta⁶⁴⁷, sin contar las diferencias religiosas y de otros tipos, la omisión internacional del castigo de la figura podría llevar a que la purificación genocida produjera consecuencias impredecibles.

En cuanto a los principios atributivos de jurisdicción, debe estarse a los principios generales. Los principios de territorialidad y nacionalidad son de aplicación. Además, el daño que trasciende la persona, esto es, el ataque a la Humanidad, habilita la jurisdicción internacional con carácter de defensa última y extrema, frente a la acción jurisdiccional dilatoria o la omisión jurisdiccional de los Estados competentes para su juzgamiento.

Paz en la diversidad y coexistencia segura constituyen los fundamentos del reconocimiento de la obligación internacional de *juzgar o extraditar* a los autores de esta ofensa y en su caso, aceptar el accionar complementario y subsidiario de los mecanismos internacionales de justicia.

En suma, la norma internacional recogida por el ER afirma la práctica establecida en los juicios de Núremberg y de Tokio, tipifica esta ofensa internacional, sienta el principio de territorialidad y agrega además, la jurisdicción internacional en cabeza de la CPI con carácter subsidiario, complementario y obligatorio.

VI.2. Elementos del delito de genocidio. En los términos de la CPSG 1948, la figura se compone de dos elementos objetivos y un elemento subjetivo.

Los elementos objetivos (*actus reus*) están constituidos por:

- (i) la existencia previa de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, y
- (ii) las cinco formas materiales de comisión especificadas en el art. 2 CPSG, que son:
 - ii.1. la matanza de miembros del grupo;
 - ii.2. la lesión grave a la integridad física o mental de sus miembros;
 - ii.3. el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, sea total o parcial;
 - ii.4. las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, y
 - ii.5. el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

En cuanto a los elementos particulares de las conductas involucradas en el genocidio⁶⁴⁸, la expresión "matanza" implica la muerte de una o más personas; en tanto que "imposición de medidas

⁶⁴⁷) Gellner, Ernest, Nations and Nationalism, Alianza Editorial, 2008, ps. 43 – 50.

⁶⁴⁸) Extraído de los Elementos de los Crímenes, Documento ICC-ASP/1/3 0260338s. doc 117.

destinadas a impedir nacimientos" conlleva que las medidas impuestas hayan estado destinadas a impedir nacimientos de personas pertenecientes a un grupo nacional, étnico, racial o religioso con la intención de destruir total o parcialmente al mismo, en el contexto de una "pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o que haya podido por sí misma causar esa destrucción".⁶⁴⁹

La "lesión grave a la integridad física o mental" puede incluir actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, aun cuando no se limite exclusivamente a ellos. El "sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción física del grupo" puede incluir entre otras conductas, el privar a esas personas de los recursos indispensables para su supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares.

En cuanto al genocidio cometido mediante el traslado por la fuerza de niños,

*"la expresión 'por la fuerza' no se limita a la fuerza física, sino que puede incluir la amenaza de la fuerza o la coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa o esas personas o contra otra o aprovechando un entorno de coacción."*⁶⁵⁰

Se entiende por niño a los menores de 18 años en tanto el autor conociera o debiera conocer esta circunstancia.

El elemento subjetivo (*mens rea*) está constituido por la intención clara y definida de destruir total o parcialmente a cualquiera de los mencionados grupos en su calidad de tales.

En cuanto a las formas de comisión, el genocidio implica la complicidad o la concurrencia en el delito de múltiples personas, ya que para poner en marcha la maquinaria de la aniquilación masiva se precisa tanto de un plan de acción como de una pluralidad de ejecutores. La CPSG castiga (i) el genocidio; (ii) la asociación para cometer el delito; (iii) la instigación directa y pública a cometerlo; (iv) la tentativa; y (v) la complicidad (art. 3 CPSG).

Si se toma en su sentido estricto la definición del delito de genocidio proporcionada por la CPSG y se la ubica en contexto como crimen contra la humanidad en general, puede afirmarse la ocurrencia durante el siglo XX de al menos cinco ejemplos genuinos del crimen: (i) el de los Armenios a manos de los Turcos (1915); (ii) el de judíos, gitanos y otras etnias, cometido por los nazis (1939 – 45); (iii) el de tribus Tutsi, perpetrado por los Hutu en Rwanda (década de 1990); (iv) el del pueblo

⁶⁴⁹) Elementos de los Crímenes, cit. art. 6.a, punto 4.

⁶⁵⁰) Elementos de los Crímenes, cit. art. 6.e, punto 1.

Bosnio, cometido por grupos Serbios durante la guerra de secesión y (v) la del pueblo Albano-Kosovar a manos de Serbios también en la década de 1990 que finalmente dará lugar a la declaración de independencia de Kosovo.

VII. Los crímenes contra la Humanidad

VII.1. Evolución sociológica – normativa. El siglo XX fue el tiempo del desarrollo histórico normativo de esta figura. En una breve evolución es imprescindible recordar las siguientes fechas:

(i) en 1907 comienza la codificación de leyes de la guerra (Convenciones de La Haya de 1907) y la cláusula Martens que hablaba de "*laws of humanity*";

(ii) en 1915 aparece el término por vez primera en la Declaración Conjunta del Reino Unido, Francia y Rusia, por la cual estas potencias condenan la matanza de Armenios perpetrada por Turquía en la región de Anatolia;

(iii) en 1919 en el Reporte Preliminar de la Conferencia de Paz posterior a la IGM, se propone la persecución criminal de aquellos "*culpables de ofensas contra las leyes, costumbres de guerra y laws of Humanity*", aunque la proposición fue rechazada;

(iv) aparece la noción de crímenes contra la humanidad en los procesos de Nüremberg (1945). El derecho de guerra protegía a los civiles en épocas de conflicto armado pero se limitaba a los nacionales del Estado enemigo o que habitaran el territorio ocupado por la potencia invasora. Esto dejaba fuera de la protección al trato brindado por los Estados a su población. La inclusión de la población nacional del Estado victimario en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional fue un adelanto decisivo. Como parte del sistema normativo de Nüremberg, la "*Control Council Law*" no. 10⁶⁵¹ constituye el segundo instrumento internacional que incluye provisiones relativas a los crímenes contra la Humanidad. Esta norma proveyó una base legal para el inicio de procesos referidos a la comisión de este crimen en aquellos territorios que habían permanecido ocupados por el régimen Nazi, habilitando a las jurisdicciones locales a su juzgamiento. A este fin, la norma consideraba irrelevante que los actos criminales no estuvieran ya previstos y castigados por el derecho doméstico del Estado donde habían sido perpetrados.

(v) en 1948 se aprueba la CPSG que forma parte del subsistema de los crímenes contra la Humanidad, ya que los actos de genocidio implican crímenes contra la Humanidad.

(vi) durante el primer lustro de la década de 1990 se producen nuevos hitos como la constitución de los Tribunales Penales Internacionales ad – hoc para la ex - Yugoslavia y para Rwanda, a partir de resoluciones del CS ONU. Se destacan aquí dos elementos:

⁶⁵¹) Punishment of Persons guilty of war crimes, crimes against Peace and against Humanity (Castigo de personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y contra la Humanidad), Control Council Law Nr. 10, de fecha 20/12/1945.

- (a) la inclusión de ciertas conductas "nuevas" dentro de la figura genérica de crímenes contra la Humanidad (como la violación); y
- (b) el no requerir conexión entre los crímenes contra la Humanidad y un conflicto armado *internacional*, aunque se continúe requiriendo el nexo con *algún tipo* de conflicto armado.

(vii) entre los años 1998 a 2002 se aprueba y entra en vigencia el Estatuto de la CPI o Tratado de Roma, que en su art. 7 tipifica al delito y lo incluye dentro de la competencia material de la Corte Penal Internacional que crea.

Antes de la IGM la noción de "crímenes contra la Humanidad" constituía una regla moral antes que una obligación jurídica. Al terminar la IGM, los horrores vividos traducen la obligación moral a regla consuetudinaria que es a la vez penal e internacional. Sin embargo, sus elementos no se definen y el delito no lleva siquiera nombre.

La tipificación será el paso siguiente. En tanto el DIH en sus vertientes normativas de La Haya y de Ginebra definía los actos que debían entenderse por "crímenes de guerra", era lógico que iguales conductas pero perpetradas contra poblaciones civiles indefensas, constituyeran crímenes de mayor gravedad. Ésta será la idea sobre la cual reposará la tipificación de los "crímenes de lesa Humanidad" o "crímenes contra la Humanidad". Las acciones criminales son perpetradas no sólo durante un conflicto armado sino también en tiempos de paz y ejecutadas por el Estado contra la población que reside bajo su jurisdicción, incluidos los propios nacionales.

En primer lugar, tras la IGM, el Tratado de Paz de Versailles en sus arts. 227 a 230, constituye una avanzada en la protección de la persona humana, ordenando juzgar por un Tribunal Internacional, al ex Emperador Guillermo de Hohenzollern, quien se exilia en Holanda, y a cada inculpado de cometer actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra, por las jurisdicciones militares aliadas constituidas según los derechos internos:

"Las Potencias Aliadas y Asociadas enjuician públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, anteriormente Emperador de Alemania, por supremas ofensas contra la moral internacional y la santidad de los tratados. Un tribunal especial será constituido para juzgar al acusado, asegurándole las garantías esenciales del derecho de defensa...". Y después *"... En su decisión el tribunal será guiado por los más altos motivos de la política internacional, con la mirada puesta en vindicar las solemnes obligaciones de los compromisos internacionales y la validez de la moralidad internacional..."*. (Tratado de Versailles, art. 227).

Sin embargo, nada se logra. Holanda rechaza la extradición del emperador y muy pocos criminales son juzgados en las jurisdicciones locales. De alrededor de 900 nombres solicitados por los aliados,

Alemania entregará a 6 inculpados, para posteriormente declarar que ella misma se ocuparía del castigo de los restantes. Finalmente las condenas son pocas y livianas: valga como ejemplo el caso del oficial Dithmar quien era comandante de un submarino, y tras haber sido hallado culpable de torpedear un buque hospital Británico, hundirlo y luego ordenar disparar sobre los botes de salvamento, asesinando a 234 personas, es condenado a la pena de 4 años de prisión.

En segundo lugar, uno de los cinco instrumentos que componen el sistema de Paz de Versailles, el tratado de Sèvres, firmado entre las potencias aliadas y Turquía (10/08/1920), aceptó la jurisdicción internacional, creando un Tribunal que tendría como tarea el juzgamiento de aquellos actos ocurridos después del 1/08/1914 en Turquía respecto de la minoría cristiana Armenia⁶⁵²:

"El Gobierno Turco se compromete a entregar a las Potencias Aliadas a las personas cuya detención sea requerida por estas últimas por ser responsables de las masacres cometidas durante la continuidad del estado de guerra en el territorio que formó parte del Imperio Turco en Agosto 1 de 1914. Las potencias Aliadas se reservan el derecho de designar al Tribunal que se encargará de juzgar a las personas acusadas y el Gobierno Turco se compromete a reconocer a tal tribunal. En caso que la Liga de Naciones hubiera creado con antelación suficiente un tribunal competente para tratar las alegadas masacres, las Potencias Aliadas se reservan el derecho de llevar a las personas mencionadas precedentemente ante dicho tribunal y el Gobierno Turco se compromete igualmente a reconocer tal tribunal..." (art. 230 del Tratado de Sèvres).

Al igual que con el Tratado de Versailles, el resultado es desalentador. El Tribunal jamás se integrará ya que un posterior Tratado concluido en Laussane en 1923, pronuncia un perdón de un carácter tan general que sorprende: la amnistía allí pactada comprende cualquier crimen, sin siquiera tomarse el mínimo trabajo de enumerar las conductas, "ocurrido entre el 1/8/1914 y el 20/11/1922".

En tercer lugar, ya durante el transcurso de la IIGM, la Declaración de Moscú realizada por EEUU, el Reino Unido y la Unión Soviética (30/08/1943) tuvo por objetivo materializar la voluntad aliada de juzgar los crímenes cometidos por los gobernantes nazis y sus agentes. La Declaración menciona en primer lugar la decisión de trasladar a soldados y miembros del partido Nazi a los países liberados donde hubieran cometido sus crímenes para que sean juzgados. Luego afirma que aquellas personas acusadas de la comisión de crímenes que no pudieran situarse geográficamente en un Estado determinado (problema de las jurisdicciones múltiples o cambiantes), serían perseguidas penalmente a partir de una decisión común de los gobernantes aliados. Esta situación de crímenes contra la humanidad cometidos en jurisdicciones múltiples o cambiantes dará lugar al dictado de la

⁶⁵²) Traemos a la memoria la masacre perpetrada por el Gobierno Turco contra su propia población de origen Armenio en la región de Anatolia (1915), considerado el primer genocidio del siglo XX.

Control Council Law número 10 antes referida.

Como vemos, respecto de la jurisdicción actuante, la Declaración de Moscú adoptó el criterio de la territorialidad (lugar de perpetración del crimen), según la opinión prevaleciente en los ordenamientos anglosajones.

El concepto actual de crímenes contra la Humanidad se formula a partir de dos elementos que se reúnen por vez primera en el año 1945. Estos son:

- (i) un hecho criminal particularmente odioso, y
- (ii) la existencia de una moral internacional suficientemente desarrollada para imponer una voluntad de justicia penal, creando a tal fin, una jurisdicción internacional.

En este sentido, el primer obstáculo a vencer consistía en la inexistencia de ley penal previa que tipificara las ofensas constitutivas de estos crímenes. Éste es un requisito básico del derecho continental romano. Sin embargo, esta situación no impidió el proceso bajo la óptica del Common Law, ya que en la concepción del sistema anglosajón, nuevas nociones penales podían desprenderse de infracciones ya formuladas y conocidas, pero interpretadas a la luz del derecho internacional vigente en el momento. Este era un poder que tenía el juez del Common Law y existió hasta principios de la década de 1970.⁶⁵³ En este sentido, la prohibición de cometer tales conductas *pre-existía* (conforme el DI consuetudinario) a la IIGM.

En verdad, la tipificación de los crímenes contra la humanidad se formula por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (ETMI) creado por el Acuerdo de Londres del 8/8/1945:

"...c) crímenes contra la Humanidad: homicidio, exterminación, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra o persecuciones fundadas en cuestiones políticas, raciales o religiosas en ejecución de o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del Tribunal, sin importar si fueron cometidos en violación del derecho doméstico del Estado en donde se perpetraron" (art. 6, inc. c. Estatuto).

Varios gobiernos adhieren con posterioridad al Acuerdo de Londres. Entre los Latinoamericanos: Honduras, Panamá, Haití, Venezuela, Uruguay y Paraguay. Poco tiempo después esta definición será repetida en la Declaración del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas en Extremo Oriente del 19/1/1946, que crea el Tribunal Militar Internacional de Tokio en su art. 5(c).

Sin embargo, los largos años de la guerra fría y su mundo bipolar, obligarán a esperar hasta 1993 cuando mediante la Resolución 827 del CS (25/05/1993) se cree una nueva jurisdicción penal

⁶⁵³) A mayor conocimiento en esta cuestión puede consultarse Jolowicz J. A. *Droit Anglais*, précis, Dalloz, 2eme ed. 1992, ps. 407-410.

internacional *ad hoc* a partir de crímenes aberrantes que indignan a la opinión pública internacional. En el período intermedio se elaboraron ciertos documentos internacionales que se ocupan de la figura en examen.⁶⁵⁴

Al presente existe consenso en que esta figura involucra actos que atacan el orden público internacional, constituyendo en suma, crímenes contra el derecho de gentes.

VII.2. Elementos de los crímenes contra la Humanidad. Los crímenes contra la Humanidad forman parte hoy del *jus cogens*, por lo que en principio imponen obligaciones inderogables e imprescriptibles a los Estados tanto como a los individuos. Existen tres clases genéricas de conductas penales que se vinculan con normas internacionales:

- (i) las conductas tipificadas únicamente por cada derecho penal doméstico;
- (ii) las conductas penales previstas en los derechos domésticos que coexisten con normas del DI. Los Estados utilizan el DI para luchar contra la criminalidad (macro criminalidad o delitos transfronterizos), o a través de la cooperación en el diligenciamiento de medidas probatorias o agilizando la presencia del inculpaado ante la jurisdicción que lo reclama (extradición). Estas normas conforman un derecho penal transfronterizo o internacional basado en la cooperación y asistencia jurisdiccional⁶⁵⁵; y
- (iii) aquellas conductas que lesionan bienes universales: los crímenes internacionales.

Esta última clase es la relevante para nuestro comentario. Es aquí donde situamos a los crímenes contra la Humanidad. En este supuesto, la obligación penal existe como regla de DI autónoma, en forma independiente de su eventual captación o no por los derechos domésticos. Su finalidad consiste en asegurar la paz y la seguridad de la Humanidad como también el orden público internacional. A efectos del castigo efectivo de los responsables individuales, el DI sitúa la obligación en cabeza de los Estados, quienes deberán internalizar las conductas tipificando los actos criminales en su legislación doméstica.

Los crímenes contra la Humanidad constituyen ofensas pertenecientes al DIPenal, en tanto éste los origina. En la esfera doméstica cualquier criminal es perseguido y castigado, mientras que en líneas generales conforme el DIPu, los gobernantes y agentes del Estado gozan de inmunidad jurisdiccional en virtud del principio de igualdad soberana de los Estados.

En los delitos internacionales, el crimen es cometido por un Estado y los criminales son individuos

⁶⁵⁴) Como la Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio de 1948, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra del 26/11/1968, la Convención sobre Apartheid de 1973 (aprobada por Resolución de la AG ONU 3068 (XXIII) del 30/11/1973) entre otras.

⁶⁵⁵) Merle et Vitu, Droit Penal General, Paris, Cujas, 8ème edition, 1992, p. 273.

que ejercen el poder en ese Estado. Conforme esto, el derecho doméstico deviene irrelevante por *impotente*: el hacedor de las normas es el criminal a juzgar. Esta particularidad referida al autor y/o responsable de las conductas criminales hace necesario quitar la cuestión del derecho doméstico y situarla en la órbita del DI, si el que el propio Estado es incapaz o indolente en su sanción.

McAuliffe⁶⁵⁶ refiere una interesante definición de los crímenes contra la Humanidad aportada por el TPIY en la sentencia del caso **Erdemovic**:

*"aquellos que trascienden al individuo porque cuando el individuo es atacado, la misma Humanidad es negada y afectada por ese ataque; es en consecuencia el concepto de humanidad como víctima lo que esencialmente caracteriza a los crímenes contra la Humanidad".*⁶⁵⁷

El art. 7(1) del ER enumera los diferentes actos que se integran dentro de la figura:

"A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física."

De los once actos enumerados, es interesante resaltar la inclusión:

(i) de varios delitos internacionales que pueden considerarse "tradicionales" por haber sido ejecutados a lo largo de la historia humana, como los asesinatos en masa, la esclavitud, la persecución grupal y la tortura;

⁶⁵⁶) McAuliffe de Guzmán Margaret, The road from Rome: the developing Law of crimes against Humanity, Human Rights Quarterly, vol. 22, Nr. 2, May 2000. The Johns Hopkins University Press.

⁶⁵⁷) They transcend the individual because when the individual is assaulted, Humnaity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes agasint humanity. Sentencing judgment Prosecutor v. Erdemovic, case IT- 96-22-T (ICTY 29/11/96) en internet www.un.org/icty/erdemovic/triale/judgment/erd-ts961129e.htm .

(ii) del crimen de "desaparición forzada de personas"⁶⁵⁸, que es considerado una ofensa compleja y autónoma;

(iii) del delito de apartheid como sistema socio – político criminal, que ya había merecido esta calificación mediante previas Resoluciones del CS y de la AG ONU.⁶⁵⁹

El ER requiere ciertos requisitos básicos distintos de los elementos que tradicionalmente han compuesto la figura. Analizamos los relevantes:

(i) *respecto del nexo con el conflicto armado*: este requisito clásico ha venido perdiendo fuerza en la evolución normativa, hasta llegar al ER que lo descarta. Creemos inevitable que así sea, ya que de ser requerido y a sólo título de ejemplo, no podrían incluirse a futuro situaciones como las vividas bajo los regímenes dictatoriales de Chile, Haití o Argentina. Los crímenes contra la humanidad ocurren tanto en tiempos de conflicto armado como de paz.

(ii) *una población civil* contra la cual se dirigen los actos incriminados, en tanto el objetivo sea atacar a un número sustancial de la misma. El ER lo requiere.

(iii) *el discernimiento*: el ER es el único instrumento internacional que requiere un elemento de "discernimiento" (*discriminatory intent*) para la comisión de crímenes contra la Humanidad. Existen dos interpretaciones al respecto. Según la primera, este requisito implicaría que el victimario poseyera la intención de trascender la persona de la víctima, siendo su objetivo eliminar al grupo de pertenencia de la misma. Una segunda interpretación refiere que lo que Roma demanda son *bases de discernimiento* (*discriminatory grounds*) en lugar de la *intención de discernimiento* (*discriminatory intent*), bastando que el ataque a un individuo ocurra en el contexto mayor del ataque a un grupo particular.

En el caso **Tadic** juzgado por el TPIY, la Cámara de Apelaciones adoptó el criterio del *discriminatory intent* para juzgar todos los actos incluidos en su jurisdicción y competencia bajo la denominación de crímenes contra la Humanidad, lo cual alentó la controversia. En el caso Akayesu, el Tribunal Penal Internacional para Rwanda (TPIR en más) distinguió entre genocidio y crímenes contra la Humanidad en lo que respecta a la intención necesaria para ejecutar cada figura. El TPIR

⁶⁵⁸) El art. 7, inc. 2 parágrafo j) Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

⁶⁵⁹) Ya en 1966 la AG de ONU caracterizó las conductas del régimen de Apartheid como crímenes de guerra, y hasta el CS aplicó los Principios de Nüremberg a la situación Sudafricana mediante las Resoluciones 392 de 1976 y 473 de 1980.

estableció:

"Crimes against Humanity differs from genocide in that for the commission of genocide special intent is required. This special intent is not required for crimes against Humanity".⁶⁶⁰

Se requiere que el responsable cometa el delito entendiendo que es parte del ataque mayor que se está desarrollando contra un grupo particular.

(iv) un elemento *cognitivo*: relacionado con el anterior, ha sido escasamente explicitado por parecer evidente. Implica que en las conductas comprendidas dentro de los crímenes contra la Humanidad, el victimario debe tener conocimiento del nexo existente entre el acto que ejecuta (muerte, violación, etc.) y el ataque sistemático o generalizado contra los civiles que se está llevando a cabo. Así el art. 7 del Estatuto de Roma refiere: "... with knowledge of the attack" (con conocimiento del ataque).

(v) *una acción o política estatal o de una organización*: es éste un elemento nuevo. El ER constituye el primer instrumento internacional en referir la existencia de una "política estatal u organizacional" dentro de la definición de los crímenes contra la Humanidad.

(vi) *un ataque sistemático o generalizado*: éste constituye un elemento central de la definición. Requiere un nexo entre los crímenes ocurridos y un ataque sistemático o generalizado contra los civiles, requisito que diferencia los crímenes contra la Humanidad de los crímenes comunes cometidos dentro de la jurisdicción doméstica. Si bien la doctrina había hecho referencia a esta cuestión en anteriores situaciones, el ER lo contempla expresamente por primera vez.

En síntesis, de los seis elementos mencionados, el ER requiere tres con carácter esencial a fin de caracterizar a los crímenes contra la Humanidad. Estos crímenes deben mínimamente relacionarse con:

- (i) un ataque generalizado o sistemático;
- (ii) cometido contra civiles; y
- (iii) la existencia de un elemento subjetivo que conecte la ofensa perpetrada con el ataque mayor.

No es necesario que el victimario se proponga participar específicamente en el ataque sistemático o

⁶⁶⁰ Akayesu Judgment, Prosecutor v. Akayesu, case Nr. ICTR – 96 – 4 – T, Ch, I 2/9/1998, en internet www.un.org/ict/english/judgments/akayesu.html . Traducción "los crímenes contra la Humanidad difieren del genocidio en que para la comisión de este último se requiere una intención especial, la cual no es requerida en los crímenes contra la Humanidad".

generalizado mayor, ni que conozca que tal ataque es parte de la ejecución de una política estatal o de una organización política, como tampoco se requiere el nexo con el conflicto armado.

VIII. Los crímenes de guerra

VIII.1. Evolución normativa y sociológica. Normativamente, los crímenes de guerra se encuentran comprendidos en el DIH, a partir de la codificación de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977, que han sido ratificados por todos los Estados miembros de ONU.⁶⁶¹ Las violaciones graves allí previstas forman parte del *jus cogens*.

El DIH exige a cada Estado Parte en los cuatro Convenios, buscar a los sospechosos de cometer u ordenar cometer las infracciones graves allí previstas, enjuiciarlos ante sus tribunales nacionales; o extraditarlos a aquellos Estados en los que exista prima facie una causa contra ellos, o bien entregarlos a un tribunal penal internacional. La cuestión central reside en la calificación de "infracciones graves" y "personas y bienes protegidos".

Las "infracciones graves" son las conductas enumeradas en los Convenios de Ginebra, ejecutadas durante un conflicto armado contra las "personas y bienes protegidos". Estas conductas abarcan:

- (i) el homicidio intencional;
- (ii) la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;
- (iii) el causar deliberadamente sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud mental;
- (iv) la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita o arbitrariamente;
- (v) el obligar a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado a prestar servicio en las fuerzas de la potencia hostil;
- (vi) el privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a un habitante de un territorio ocupado del derecho a un juicio justo y ordinario;
- (vii) la toma de rehenes; y
- (viii) la deportación o traslado ilícitos o el confinamiento ilícito de un habitante de un territorio ocupado.

En los cuatro Convenios de Ginebra existieron dos omisiones relevantes: (i) no se previó el trato brindado por un Estado a sus propios nacionales en ninguna de las cuatro categorías de personas

⁶⁶¹) Ratificados por un total de 196 Estados a septiembre 2019 (todos los miembros de ONU más la Santa Sede, las Islas Cook y Palestina). Los tres Protocolos Adicionales fueron ratificados por 174, 168 y 76 Estados respectivamente. Argentina ratificó los Convenios en 1956, y los Protocolos en 1986 los dos primeros y en 2011 el tercero.

protegidas⁶⁶²; e (ii) inicialmente sólo se tomaron en cuenta las violaciones graves cometidas durante un conflicto armado internacional, excluyendo los conflictos armados no internacionales, omisión luego salvada por el Protocolo II de 1977 y su art. 3 común a los cuatro Convenios.

VIII.2.Elementos de los crímenes de guerra. El ER tras afirmar la competencia de la CPI en razón de la materia respecto de los crímenes de guerra, enumera los actos comprendidos dentro de la figura (art. 8(2))⁶⁶³. Básicamente las conductas incriminadas son cinco. Cada una cuenta a su vez con varias sub-figuras, ocupándose además de la diferenciación -ya contenida en los Convenios de Ginebra- entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales⁶⁶⁴. Según el ER son crímenes de guerra:

"a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (actos contra personas o bienes protegidos);

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa;

d) El párrafo anterior se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional;

f) El párrafo anterior se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

La enumeración es detallada, haciéndose eco de los actos contemplados de manera exhaustiva en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales. El tratamiento de otras situaciones violatorias de leyes y usos de los conflictos armados conforme lo prevé el DI, ha sido dejado a la interpretación que realice la CPI. En los incisos c) y e) se hace referencia a la aplicación de la normativa en conflictos armados que no sean de índole internacional "*dentro del marco establecido*

⁶⁶² Esto es, heridos y enfermos en combates terrestres; heridos, enfermos y náufragos en el mar; prisioneros de guerra y la población civil en territorios ocupados.

⁶⁶³ International Criminal Court- Documento ASP/1/3 - 116 - 0260338s.doc

⁶⁶⁴ Art. 8, inc. 2: 2.

de derecho internacional". Sin embargo, a renglón seguido se deja en claro que tales párrafos no se aplican a "las situaciones internas y de disturbios interiores". Con lo cual se deja abierta la calificación para aplicar o no la normativa en cada caso concreto según el criterio del decisor.

La tendencia se dirige a la ampliación de las personas protegidas, asimilando a este fin los conflictos armados internacionales con los internos.

FOR AUTHOR USE ONLY

FOR AUTHOR USE ONLY

“La educación es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo”

Nelson Mandela

Nelson Mandela en 1918 y junto con otros 12 hermanos tuvo una infancia feliz, escuchando historias de su pueblo, cuando éste era libre, antes de la llegada de los blancos. Cursó la secundaria y el bachillerato, y finalmente ingresó en la Universidad de Witwatersrand (Johannesburgo), donde se graduó en 1942, como abogado. Uniendo sus primeros trabajos como abogado, Mandela se unió al Congreso Nacional Africano (CNA), una organización que llevaba a cabo campañas pacíficas contra la discriminación y explotación que sufrían los habitantes nativos de Sudáfrica, y comienza su lucha contra el Apartheid, sistema de segregación racial que hoy se considera un delito internacional.

Mandela fue capturado y condenado a cadena perpetua. Pasaría 27 años como prisionero de conciencia, en condiciones precarias: sólo se le permitía recibir una visita y una carta cada seis meses.

En 1990, el presidente de Klerk libera a Nelson Mandela, que ya tenía 71 años, y juntos negocian y derogan el régimen de apartheid, un año después. En 1993 ambos reciben el Premio Nobel de la Paz.

Las primeras elecciones multirraciales de 1994 dan la victoria al CNA. Días después el Parlamento designa a Mandela presidente de Sudáfrica.

FOR AUTHOR USE ONLY

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Francisco BARIFFI

I. Concepto y Antecedentes

Desde un punto de vista histórico-filosófico es posible remontarse al antiguo Egipto para encontrar las primeras bases de la noción de “derechos humanos”.⁶⁶⁵ No obstante, la verdadera génesis del concepto de derechos humanos se fragua como consecuencia de la Ilustración, es decir, de la progresiva escisión de la ética y el poder de la religión.⁶⁶⁶ Las consecuencias históricas pueden verse con los antecedentes revolucionarios en Inglaterra (1688), en Francia (1789), y en Estados Unidos (1776).⁶⁶⁷

Ahora bien, desde un punto de vista normativo y de derecho internacional, el concepto de derechos humanos recién comienza a reflejarse en instrumentos internacionales con la adopción de la Carta de la ONU. En este sentido, conforme señala Nikken que

*“la irrupción de derechos humanos en el ámbito internacional se inició con declaraciones, a las que en un primer momento se rehusó dotar de fuerza vinculante en el tiempo de su adopción, como ocurrió con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptadas en 1948 con pocos meses de diferencia, fue más tarde en la década de los 60 que se profundizó en la tendencia a la regulación convencional de la protección de derechos humanos a través de diversas convenciones”.*⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ Quirke, S. (2015). Exploring Religion in Ancient Egypt. West Sussex: Wiley Blackwell, p. 151.

⁶⁶⁶ Pinker, S. (2019). Enlightenment now the case for reason, science, humanism and progress. London: Penguin.

⁶⁶⁷ Wasserstrom, J. N., Grandin, G. Hunt, L. & Young, M. (2007). Human Rights and Revolutions. 2nd Ed. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers.

⁶⁶⁸ Nikken, P. (1989). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Nro. 72, Caracas: Universidad Central de Venezuela.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante aclarar que en el derecho internacional clásico (pre-ONU), la protección indirecta del individuo y sus derechos se encontraba prevista en normas convencionales y consuetudinarias principalmente en el marco de la protección diplomática, en contextos de conflictos armados, en el ámbito de las relaciones de trabajo (OIT), o frente a modalidades delictivas transnacionales (esclavitud y piratería). Se habla de “protección indirecta” puesto que la misma no se encontraba en cabeza de la persona sino del Estado en su deber de protección.⁶⁶⁹

Se podría decir que de forma previa a la Carta de la ONU la persona era más bien “objeto de protección” y con el surgimiento y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, el individuo fue adquiriendo el carácter de “sujeto de protección”. Más aún, incluso hoy día podríamos afirmar que la persona ha adquirido, en virtud del derecho internacional contemporáneo, el carácter de “sujeto de derecho” con capacidad limitada.

En lo que respecta al concepto, no existe una definición legal ni consensuada de derechos humanos, al menos desde una perspectiva de DI. Probablemente la definición más clara y simple la encontremos en el art. 1 de la Declaración Universal cuando proclama que “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Esta breve frase acuña la ideología subyacente en el concepto de derechos humanos.

En primer lugar, la delimitación subjetiva del derecho, el cual recae en todo “ser humano” sin distinción y con la única condición de pertenecer a la especie *Homo-sapiens*. En segundo lugar, la delimitación temporal, es decir, el nacimiento es el hecho jurídico que *ipso facto* confiere el mentado estatus legal.⁶⁷⁰ En tercer lugar, la frase recoge los valores fundamentales sobre los cuales se construye el discurso de los derechos humanos, esto es, la libertad, la igualdad y la dignidad. Por último, la frase en conjunto permite inferir la naturaleza intrínseca de los derechos humanos cuando aclara que la libertad e igualdad con la cual nacemos se proyecta respecto de la dignidad y los derechos. Claramente los seres humanos no nacemos todos en condiciones fácticas de libertad e igualdad puesto que, de ser así, no serían necesarios los derechos humanos. Los derechos humanos deben entenderse como herramientas que nos permiten a través de los diferentes resortes políticos,

⁶⁶⁹) Barboza, J. (2008). Derecho Internacional Público. 2ª Ed. Buenos Aires: Zavalia. Parte 7. El individuo en el derecho internacional.

⁶⁷⁰) La delimitación temporal del momento en el cual se considera que un ser humano comienza a tener derechos humanos no está exenta de controversia. Para la República Argentina por ejemplo, al momento de ratificar la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño emitió la siguiente declaración interpretativa. Con relación al art. 1º de la Convención sobre los derechos del niño, Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad, Cfr. art. 2 de la Ley 23.849.

sociales, económicos y legales, aspirar a revertir el hecho histórico de desigualdad y de sistemática restricción de la libertad, el cual, por cierto, es justamente lo que motiva u origina su surgimiento.

En resumidas cuentas, los derechos humanos son aspiraciones consensuadas de realización de un plan de vida digno en condiciones de libertad e igualdad, y como tales se construyen como límites al poder.⁶⁷¹

Sección Primera. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH) es el conjunto de normas sustantivas y procesales, así como de organismos con alcance internacional, pertenecientes a la Organización de las Naciones Unidas, cuyo fin es la promoción y la protección de los derechos humanos universales.

El SUDH está conformado por el Sistema de Tratados y el Sistema de Órganos, lo cual a su vez da origen a un Sistema de Control de carácter universal. El Sistema de Órganos puede tener fuente en el mismo Sistema de Tratados o por fuera del mismo, lo cual denota el carácter convencional o extra convencional del procedimiento de control instituido.

I. Sistema de Tratados de Derechos Humanos

Los Tratados de Derechos Humanos son los instrumentos específicos adoptados por el Derecho Internacional para darle una base jurídica a la protección de los derechos humanos. Asimismo, el marco organizacional instituido por la Carta de la ONU también establece obligaciones vinculantes para todos los miembros con el fin de promover y proteger los derechos humanos.

La génesis del SUDH puede atribuirse a lo dispuesto en el art. 1(3) de la Carta de la ONU, el cual establece como uno de los propósitos de la Organización la de promover y alentar “*el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”. Otras disposiciones obligan a los Estados a tomar medidas en cooperación con las Naciones Unidas para lograr el respeto universal de los derechos humanos.⁶⁷²

Si bien la ONU no previó en su estructura orgánica principal un órgano encargado específicamente a la promoción y protección de los derechos humanos, en cambio sí dio inicio a un proceso de

⁶⁷¹) De Asís Roig, R. (2000). Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder. Madrid: Dykinson.

⁶⁷²) Carta de la ONU. La Carta recoge otras disposiciones en las cuales se hace referencia a los derechos humanos, las mismas son de carácter organizacional (arts. 13, 55, 56, 62, 68, 73 y 76).

codificación y de desarrolla orgánico subsidiario, el cual ha ido experimentando diversos enfoques.

I.1 Enfoque de universalización

El primer enfoque asumido por el SUDH en materia de codificación fue el caracterizado por la “universalización” de los derechos humanos. Es decir, el proceso encaminado a consensuar estándares mínimos y comunes a todas las regiones y naciones del mundo respecto de aquellos derechos y deberes que toda persona debe tener por su pertenencia a la especie humana (*homo sapiens*).

El enfoque de universalización se vio reflejado en lo normativo por la adopción y/o ratificación de un grupo de instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y sus dos Protocolos Facultativos, los cuales se los conoce, en su conjunto, como la Carta Internacional de Derechos Humanos.⁶⁷³

La DUDH de 1948⁶⁷⁴ concebida como “*un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse*” recoge, por primera vez en la historia de la humanidad, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar.⁶⁷⁵

Pese a su carácter no vinculante, la DUDH es considerada, hoy día, como uno de los pilares básicos en la codificación de los derechos humanos.⁶⁷⁶ Se podría señalar que la DUDH tiene valor de norma internacional vinculante respecto de la cual todos los miembros de la Comunidad Internacional

⁶⁷³) Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org>

⁶⁷⁴) Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

⁶⁷⁵) Conforme señala René Cassin, los arts. 1 y 2 recogen la definición de derechos humanos y el principio de no discriminación. Los arts. 3 al 11 recogen derechos de carácter personal tales como la vida, a la libertad, la integridad personal (prohibición de esclavitud, servidumbre y tortura), el personalidad jurídica, igualdad y no discriminación, tutela judicial efectiva y garantías penales (prohibición de detención arbitraria, juez natural e imparcial, nullum crimen, nulla poena sine praevia lege). Los arts. 12 a 17 recogen derechos del individuo en relación con la comunidad tales como protección de la vida privada y familiar, domicilio, correspondencia y honra, derecho a la circulación y a la residencia, derecho de asilo, a la nacionalidad, a fundar una familia y a contraer matrimonio libre, y a la propiedad privada. Los arts. 18 a 21 recogen derechos de pensamiento, de conciencia, de religión y libertades políticas, lo que incluye el derecho de reunión y libre asociación, así como al voto y a formar parte del gobierno. Finalmente los arts. 22 a 27 recogen derechos económicos, sociales y culturales tales como derecho a un nivel de vida adecuado y a la salud y bienestar en especial en materia de maternidad e infancia, al trabajo libremente elegido y en condiciones equitativas, al descanso y vacaciones, a la educación elemental gratuita, a la seguridad social, y a participar en la vida cultural y recreativa. Finalmente, los arts. 28 al 30 recogen las condiciones y límites con que estos derechos deben ejercerse.

⁶⁷⁶) Villán Durán, C., (2001), La Declaración Universal de Derechos Humanos en la Práctica de las Naciones Unidas, en La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal, BLANC ALTEIR, A. (Editor), Tecnos, Madrid, pp. 51-61.

tienen obligación de cumplir.⁶⁷⁷ Esta afirmación encuentra respaldo en dos principales argumentos. En primer lugar, por la posterior adopción de los dos Pactos en 1966 que no hacen más que codificar en instrumentos jurídicamente vinculantes, las disposiciones contenidas en la DUDH. En segundo lugar, porque el carácter de derecho consuetudinario que prácticamente todas sus disposiciones han adquirido.⁶⁷⁸

La irrupción global de la polarización entre Capitalismo vs. Comunismo, representada en los hechos por la denominada “Guerra Fría”,⁶⁷⁹ tuvo importantes consecuencias en el desarrollo normativo e institucional de la ONU en general, y específicamente en relación con los derechos humanos. Probablemente en la referida polarización global podamos atribuir el motivo por el cual la transformación de estándares universales de derechos humanos en obligaciones convencionales jurídico-vinculantes haya demorado casi dos décadas, así como al hecho de haberse fracturado la unidad de derechos planteada por la DUDH, en el binomio “derechos civiles-derechos sociales”, también comúnmente llamado derechos de primera y derechos de segunda generación.⁶⁸⁰

El PIDCP de 1966⁶⁸¹ ampara una serie de derechos civiles y políticos y tiene por objeto defender la libertad de la persona y garantizarle la posibilidad de influir en la vida política de la comunidad. El Pacto se estructura en 53 artículos divididos en cinco partes, de las cuales las tres primeras recogen derechos sustantivos, y los dos restantes aspectos de supervisión y entrada en vigor del tratado.⁶⁸²

El PIDCP se enmarca en la categoría de derechos civiles o de primera generación caracterizada principalmente por establecer obligaciones prohibitivas o “de no hacer” en cabeza del Estado las cuales resultan de aplicación inmediata.

⁶⁷⁷ Por ejemplo, la Constitución Nacional Argentina, art. 75(22) otorga rango constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos entre los que incluye a la DUDH lo que parece equipararla en cuanto a su valor vinculante con el resto de los tratados internacionales de derechos humanos. También la Constitución española en su art. 10(2) establece que Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁶⁷⁸) Meron, T. (1989). Human rights and humanitarian norms as customary law, Oxford University Press, pp. 79 y ss.

⁶⁷⁹) Gaddis, J. L. (2011). The Cold War, London: Penguin.

⁶⁸⁰) van Boven, T. C. (1982). Distinguishing Criteria of Human Rights, in The International Dimensions of Human Rights, Vasak, K. & Alston, P. (Eds.), Vol. I, Greenwood Press, UNESCO, pp. 43-59.

⁶⁸¹) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

⁶⁸²) En lo que respecta al contenido sustantivo el PIDCP recepta los siguientes derechos humanos: Derechos relativos a la existencia humana, tales como el derecho a la vida (art. 6), la protección de la integridad física y psíquica (art. 7), la protección contra la esclavitud y los trabajos forzoso (art. 8), y el derecho a la personalidad jurídica (art. 16); Derechos relacionados con la libertad, tales como el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona (art. 9), las garantías mínimas sobre las condiciones de la privación de la libertad (art. 10), el derecho a la libertad de movimiento y de elección de residencia (art. 12), los derechos del debido proceso (art. 14), y la protección de la intimidad y la vida privada (art. 17); Derechos de asociación, tales como el derecho de reunión pacífica (art. 21), el derecho a la libertad de asociación (art. 22), el derecho a la protección de la familia (art. 23) o el derecho del menor (art. 24); Derechos de participación, tales como el derecho a la libertad de pensamiento (art. 18), el derecho a la libertad de opinión (art. 19), y el derecho de participación en la dirección de los asuntos políticos (art. 25).

El PIDCP cuenta asimismo con dos Protocolos Facultativos, el primero de ellos relativo a la instrumentación de un procedimiento de reclamaciones individuales,⁶⁸³ al cual nos referiremos más adelante, y el segundo de ellos, enfocado en abolir la pena de muerte.⁶⁸⁴

El PIDESC de 1966⁶⁸⁵ recoge derechos humanos de carácter económico, social y cultural fijando estándares de carácter universal en ámbitos claves para el desarrollo socioeconómico de todo individuo como la educación, el trabajo, la salud y la seguridad social. Los derechos sustantivos del Pacto se encuentran recogidos entre los arts. 6 al 15, y 2 a 5 regulan el principio de “realización progresiva”.⁶⁸⁶

El PIDESC se enmarca en la categoría de derechos sociales o de segunda generación caracterizada principalmente por establecer obligaciones positivas o “de hacer” en cabeza del Estado las cuales, a su vez, enmarcan bajo el principio de realización progresiva.⁶⁸⁷

El PIDESC también prevé un protocolo adicional de reciente entrada en vigor que establece un procedimiento de reclamaciones individuales.⁶⁸⁸

Cabe destacar, a modo de conclusión, que ambos Pactos recogen de forma expresa el principio a la libre determinación de los pueblos, elevando dicho principio a la categoría de derecho humano, sin perjuicio de su naturaleza de derecho colectivo.⁶⁸⁹

I. 2. Enfoque de especificación

⁶⁸³) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23/03/1976.

⁶⁸⁴) Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte. Aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de diciembre de 1989.

⁶⁸⁵) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, Entrada en vigor: 3 de enero de 1976.

⁶⁸⁶) Los derechos sustantivos del Pacto se encuentran recogidos entre los arts. 6 y 15: derecho al trabajo, en "condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias" y derecho a fundar y afiliarse a los sindicatos (arts. 6, 7 y 8); derecho a la seguridad social, incluso al seguro social (art. 9); derecho a la vida familiar, incluida la licencia parental remunerada y la protección de los niños (art. 10); derecho a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda, y la "mejora continua de las condiciones de existencia" (art. 11); derecho a la salud, específicamente al "más alto nivel posible de salud física y mental" (art. 12); derecho a la educación, incluida la enseñanza primaria universal y gratuita, disponible en general, la enseñanza secundaria, e igualmente accesible la educación superior (art. 13); derecho a la educación gratuita (art. 14); y derecho a la participación en la vida cultural (art. 15). Asimismo, el cuerpo sustantivo de los derechos reconocidos en el PIDESC debe ser implementado de una perspectiva de no discriminación (art. 2) e igualdad entre hombre y mujeres (art. 3).

⁶⁸⁷) Abramovich, V., & Courtis, C. (2002). *Derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta.

⁶⁸⁸) El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008. Abierto a votación el 24 de septiembre de 2009. Entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

⁶⁸⁹) Obieta Chalbaud, J. A. (1985). *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Colección Ciencias jurídicas, Madrid: Tecnos.

El proceso de especificación de derechos, el cual también se vio reflejado en la esfera internacional, surge como reacción ante la ineficacia de la generalización y universalización de derechos para hacer frente a las circunstancias específicas de ciertos grupos que, por su situación de vulnerabilidad, se ven menoscabados o privados de ejercer dichos derechos en igualdad de condiciones.⁶⁹⁰

En primer ámbito de especificación de derechos humanos fue el relativo a la “no-discriminación racial”, estándar prohibitivo al cual la doctrina y jurisprudencia han atribuido carácter perentorio o de *jus cogens*.⁶⁹¹ La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁶⁹² (CEDR) de 1965 adopta el formato típico de un tratado antidiscriminatorio, en tanto que no regula o establece derechos humanos sustantivos de los sujetos protegidos, sino más bien se aboca a definir lo que ha de entenderse por “discriminación racial”, así como a establecer una serie de medidas que los Estados Parte deben adoptar para eliminar dicha discriminación.⁶⁹³

Conforme establece el art. 1(1) de la CEDR se considera discriminación racial “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. La casuística del Comité instituido por el propio tratado ha precisado y ampliado dicho concepto para incluir, entre otros enfoques, la discriminación indirecta.⁶⁹⁴

El foco de la CEDR ha ido progresivamente cambiando de la discriminación racial –*stricto sensu*–, a

⁶⁹⁰) Bariffi, F., (2003) Sobre la Universalidad de los Derechos Humanos: ¿Universalidad o Universalismo?, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, Vol. 4.

⁶⁹¹) Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain); Second Phase, International Court of Justice (ICJ), 5 February 1970, párrafos 33–34; CONKLIN, W. E. (2012) The Peremptory Norms of the International Community, European Journal of International Law, Volume 23, Issue 3, pp. 837–861.

⁶⁹²) Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor el 4 de enero de 1969.

⁶⁹³) La CEDR está estructurada en tres partes: la primera (art. 1 a 7) recoge las obligaciones de los Estados y el derecho humano a no sufrir discriminación; la segunda (arts. 8 a 16 y 22) establece los mecanismos de cumplimiento; y la tercera arts. 17 a 25) señala las disposiciones generales sobre ratificaciones, su entrada en vigor, enmiendas y autenticidad de textos. En relación con la primera parte, esto es los contenidos sustantivos del tratado, el art. 1 establece lo que ha de considerarse discriminación racial y excepciones, el art. 2 establece ejemplos de medidas a adoptar para eliminar la discriminación a nivel nacional, el art. 3 establece una prohibición expresa de la segregación racial y el apartheid, el art. 4 señala medidas destinadas a eliminar la propaganda y toda forma de incitación al odio racial, el art. 5 establece el principio de igualdad ante la ley y enuncia los principales derechos amparados, el art. 6 recoge el derecho a la tutela judicial efectiva frente a cualquier forma de discriminación racial, y el art. 7 señala medidas de educación, formación y toma de consciencia en materia de discriminación racial.

⁶⁹⁴) Ms. L. R. et al v Slovakia, Communication No.31/2003, CERD/C/66/D/31/2003.

otras formas o modalidades de discriminación racial *–lato sensu–* incluyendo, por ejemplo, perspectivas culturales, de género, o de minoría étnica.⁶⁹⁵

El segundo ámbito de especificación fue el relativo al enfoque de género. La Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer⁶⁹⁶ (CEDM) firmada en 1979 recoge disposiciones destinadas reconocer la discriminación basada en la condición jurídica y social de la mujer.⁶⁹⁷ La adopción de este tratado significó el reconocimiento universal de los derechos de la mujer luego de un largo proceso de trabajo de más de treinta años de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Estatus de la Mujer.⁶⁹⁸ El propio preámbulo de la CEDM reconoce que pese a la existencia de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que resultan aplicables a las mujeres, las mismas siguen siendo objeto de importantes discriminaciones.⁶⁹⁹

Uno de los aspectos más destacables de la CEDM radica en que la misma no solo se enfoca en la conducta del Estado sino también en la esfera privada que es justamente donde la mayor parte de las discriminaciones tienen lugar.⁷⁰⁰

Conforme establece el art. 1 de la CEDM la expresión "*discriminación contra la mujer*" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier

⁶⁹⁵ Molinero, N. A. (2009). The International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the evolution of the concept of racial discrimination, in *International Human Rights Law in a Global Context*, GÓMEZ ISA, F. & De Feyer K. (Eds.), Bilbao: University of Deusto, p. 353.

⁶⁹⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981.

⁶⁹⁷ La CEDM está compuesta por 30 arts. divididos en V partes, siendo las tres primeras las cuales recogen los derechos sustantivos. La Parte I se aboca a definir y desarrollar el concepto de "discriminación contra la mujer" (art. 1 definición legal, art. 2 implementación de una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, art. 3 adopción de medidas legislativas destinadas a garantizar la igualdad de ejercicio de los derechos humanos de la mujer, art. 4 adopción de medidas de acción positiva, art. 5 adopción de medidas para cambiar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres así como de educación familiar, y art. 6 adopción de medidas para erradicar la trata y la prostitución de mujeres); la Parte II aborda el ejercicio de los derechos políticos (art. 7 igualdad de ejercicio de derecho políticos –voto, participación en el gobierno y participación en organizaciones–, art. 8 igualdad en la representación internacional del Estado y en organizaciones internacionales, art. 9 igualdad de ejercicio del derecho a la nacionalidad; la Parte III se aboca a regular los derechos sociales (art. 10 igualdad en el ejercicio al derecho a la educación, art. 11 igualdad en el ejercicio al derecho al trabajo, art. 12 igualdad en el ejercicio al derecho a la salud, art. 13 igualdad de acceso a la vida económica y social, art. 14 medidas para asegurar la igualdad de la mujer en zonas rurales).

⁶⁹⁸ En julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó ONU Mujeres, la Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer. Para un acceso completo a los documentos y materiales de la ONU en materia de derechos de las mujeres puede consultarse: <http://www.unwomen.org/>

⁶⁹⁹ Salmon, e. S., La protección de los derechos de la mujer en el Sistema Universal de Derechos Humanos, en *Entre la Teoría y la Práctica: Nuevas Perspectivas sobre los Derechos Humanos de la Mujer*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009 pp. 25-64.

⁷⁰⁰ Gomez Isa, F. The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and Its Optional Protocol, in *International Human Rights Law in a Global Context*, 2009 op. cit. p. 383.

otra esfera. Dicha definición incluye tanto la discriminación directa como la indirecta.

La CEDM no previó al momento de su adopción un procedimiento de reclamaciones individuales debido a la complejidad y conflictividad de criterios que se plantearon durante el proceso de negociación. No obstante, luego de dos décadas de adopción de la CEDM se lograron los consensos necesarios para sancionar el mentado Protocolo Facultativo.⁷⁰¹

El tercer ámbito de especificación fue el relativo a la niñez. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN),⁷⁰² es el principal instrumento internacional que reconoce con carácter universal los derechos básicos de los niños y niñas. A diferencia del resto de los tratados temáticos de derechos humanos, la CDN es un tratado que reconoce derechos específicos de los sujetos protegidos. La CDN es el tratado universal de derechos humanos con mayor número de ratificaciones.⁷⁰³ Asimismo, la CDN cuenta con tres Protocolos Facultativos abocados dos primeros grandes flagelos que afectan a la niñez como la venta, prostitución y pornografía infantil, como utilización de niños y niñas en conflictos armados, y el tercero de ellos, abocado a establecer un procedimiento de reclamaciones individuales.⁷⁰⁴

La CDN intenta avanzar hacia un nuevo territorio y modo de concebir la niñez y los derechos que la amparan, moviendo el foco de un discurso de “protección” de derechos hacia uno de “elección” de derechos, es decir, la promoción de la autonomía del niño basada más bien en las elecciones que las necesidades del mismo.

La CDN cuenta con 54 Artículos siendo la Parte I (arts. 1 a 41) la que recoge los derechos sustantivos.⁷⁰⁵ En términos generales la CDN define los derechos humanos básicos que disfrutaban los

⁷⁰¹) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptado por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6/10/1999.

⁷⁰²) Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20/11/1989, Entrada en vigor: 2/9/1990, de conformidad con el art. 49.

⁷⁰³) Sólo Estados Unidos y Somalia no han ratificado la CDN. Véase: Situación de ratificación, Reservas y declaraciones: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en

⁷⁰⁴) Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 18 de enero de 2002; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, entrada en vigor el 12 de febrero de 2002; Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, A/RES/66/138, 27/01/2012.

⁷⁰⁵) La CDN recoge los siguientes derechos: definición de niño (art. 1); protección contra la discriminación (art. 2); interés superior del menor (art. 3); obligación de adoptar medidas para cumplimiento (art. 4); respeto a la responsabilidad y derechos de los padres o familia (art. 5); derecho a la vida (art. 6); derecho a la registración, nombre y nacionalidad (art. 7); derecho a la identidad (art. 8); derecho a no ser separado de sus padres (artículo 9); derecho de reunificación familiar (art. 10); protección contra traslados transfronterizos ilícitos (art. 11); derecho a ser oído (artículo 12); derecho a expresar su opinión (art. 13); derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14); derecho a la libertad de asociación y reunión (art. 15); protección contra injerencias a la vida privada (art. 16); derecho a la información pública (art. 17); obligación de responsabilidades compartidas en la crianza (18); protección contra toda forma de abuso y trato negligente (artículo 19); derecho a la protección estatal ante desamparo (art. 20); resguardo del interés superior del menor ante procesos de adopción (art. 21); derecho a protección humanitaria antes situaciones de

niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. La Convención protege los derechos de la niñez al estipular pautas en materia de atención de la salud, la educación y la prestación de servicios jurídicos, civiles y sociales.

El cuarto ámbito de especificación fue el relativo a los trabajadores migrantes y sus familias. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁷⁰⁶ (CDTM) de 1990, tiene como objeto tutelar la especial situación de vulnerabilidad que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo.⁷⁰⁷ Se podría considerar a la CDTM como

refugio (art. 22); derechos de los niños con discapacidad (art. 23); derecho al más alto nivel posible de salud (art. 24); garantías en contexto de internamiento por cuestiones de salud (art. 25); derecho a la seguridad social (art. 26); derecho a un nivel de vida adecuado (art. 27); derecho a la educación (art. 28); fines y contenido de la educación (art. 29); derecho a la diversidad cultural y al respeto de la religión (art. 30); derecho al descanso, espacimiento y al juego (art. 31); protección contra la explotación económica (art. 32); protección contra el uso de estupefacientes (art. 33); protección contra la explotación económica (art. 34); protección contra el secuestro y venta de menores (art. 35); protección integral contra cualquier tipo de explotación (art. 36); protección contra la tortura, detenciones arbitrarias, y respecto de derecho de defensa en juicio (art. 37); protección en contextos de conflictos armados (art. 38); medidas de recuperación de niños objeto de abusos (art. 39); respecto de las garantías penales (art. 40); estándar de protección mínima (art. 41).

⁷⁰⁶) Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18/12/1990.

⁷⁰⁷) La CDTM es un extenso instrumento compuesto por casi un centenar de disposiciones (93 arts.) dividido en IX Partes, de las cuales las primeras cinco recogen disposiciones sustantivas de reconocimiento de derechos. La Parte I se aboca a establecer el alcance y las definiciones (art. 1 ámbitos de aplicación personal, temporal y territorial, art. 2 definiciones, art. 3 situaciones excluidas, art. 4 definición de familiares, y art. 5 definición de trabajadores documentados e indocumentados); la Parte II recoge el concepto de no-discriminación (art. 7, no-discriminación en el reconocimiento de derecho); la Parte III es la parte medular y central del tratado en la que se recogen los derechos sustantivos (art. 8 derecho a la circulación interestatal, art. 9 derecho a la vida, art.10 prohibición de tortura, art. 11 protección contra la esclavitud, servidumbre o trabajos forzosos, art. 12 libertad de pensamiento, conciencia y religión, art. 13 libertad de opinión y expresión, art. 14 protección de la vida privada y familiar, art. 15 derecho a la propiedad y garantía de expropiación justa, art. 16 libertad y seguridad personal, art. 17 trato y condiciones dignas en situación de privación de libertad, art. 18 derecho igualitario de acceso a la justicia y garantías penales, art. 19 principio de legalidad penal , art. 20 prohibición de detención o de expulsión por incumplimiento contractual, art. 21 protección contra la confiscación, retención o destrucción de documentos de identidad, art. 22 protección contra medidas de expulsión colectivas, art. 23 protección diplomática y consultar, art. 24 personalidad jurídica, art. 25 trato nacional en condiciones de empleo, art. 26 derecho de reunión y asociación sindical, art. 27 trato nacional en acceso a la seguridad social, art. 28 protección sanitaria de urgencia, art. 29 derecho al nombre, registro y nacionalidad de hijos, art. 30 derecho a la educación de hijos, art. 31 protección de la identidad cultural, art. 32 repatriación de ingresos, ahorros y bienes, art. 33 acceso a información sobre derechos reconocidos por el tratado, art. 34 deber de respeto de normas e identidad cultural del Estado de acogida, art. 35 inmutabilidad de situación migratoria); la Parte IV recoge derechos adicionales aplicables a trabajadores documentados (art. 36 derechos adicionales para trabajadores documentados, art. 37 derecho a información sobre condiciones de empleo y reglamentarias, art. 38 derecho de ausencia temporal, art. 39 libertad de movimiento y residencia, art. 40 derecho de creación de asociaciones y sindicatos, art. 41 ejercicio de derechos políticos

un instrumento “bisagra” que vincula estándares vigentes emanados de la OIT en materia laboral con el marco universal de protección de derechos humanos.

El art. 2 de la CDTM define como “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Consecuentemente quedan comprendidos dentro de su ámbito de protección tanto los trabajadores documentados como los indocumentados. Asimismo, extiende el marco de protección a los “familiares” del trabajador los cuales son definidos indirectamente en el art. 4 como a “las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate”.

La CDTM prevé un procedimiento de reclamaciones individuales conforme lo estipula su art. 77 aunque el mismo aún no recibido las suficientes ratificaciones para su entrada en vigor.⁷⁰⁸

Por último, el quinto ámbito de especificación fue el relativo a los derechos de las personas con discapacidad. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷⁰⁹ (CDPD) adoptada en 2006 acarrea importantes consecuencias para las personas con discapacidad tales como la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de la ONU, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de las personas con discapacidad.⁷¹⁰

La CDPD pretende provocar un cambio social que asegure a todas las personas con discapacidad su

en Estado de origen, art. 42 organizaciones representativas de trabajadores migratorios, art. 43 trato nacional en acceso y respeto de derechos laborales, art. 44 protección a la vida familiar, art. 45 trato nacional en acceso a la educación, art. 46 beneficios arancelarios y aduaneros, art. 47 derecho a transferir ingresos y ahorros a Estado de origen, art. 48 trato nacional en obligaciones tributarias, art. 49 permiso de residencia y de empleo, art. 50 consideración de unidad familiar ante muerte o disolución de matrimonio del trabajador, art. 51 garantía de regularidad migratoria por cese de empleo, art. 52 libertad de elección de actividad remunerada, art. 53 libertad de elección de actividad remunerada de familiar, art. 54 trato nacional contra despido y seguros de desempleo, art. 55 trato nacional en condiciones de empleo de actividad específica, art. 56 garantía de no expulsión; la Parte V recoge disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares (art. 57 derechos correspondientes a categorías especiales, art. 58 trabajadores fronterizos, art. 59 trabajadores de temporada, art. 60 trabajadores itinerantes, art. 61 trabajadores vinculados a un proyecto, art. 62 trabajadores por cuenta propia).

⁷⁰⁸) Cfr. art. 77(1) Todo Estado Parte en la presente Convención podrá declarar en cualquier momento, con arreglo al presente art., que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen que ese Estado Parte ha violado los derechos individuales que les reconoce la presente Convención. El Comité no admitirá comunicación alguna relativa a un Estado Parte que no haya hecho esa declaración.

⁷⁰⁹) Adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución A/61/611, de 6 de diciembre de 2006. Entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

⁷¹⁰) Palacios, A., Bariffi, F., (2007), La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cinca, Madrid.

plena inclusión en la sociedad, poniendo el acento en la eliminación de las barreras que impiden su participación activa en la misma.⁷¹¹ A dichos fines asume “discapacidad” como un “concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Preámbulo inciso e) y por “discriminación por motivos de discapacidad” como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (art. 2).⁷¹²

La CDPD también contempla un Protocolo Facultativo destinado a instruir un procedimiento de reclamaciones individuales.⁷¹³

Actualmente el SUDH se encuentra en fase de trabajo y negociación en torno a otros dos grupos de especificación de derechos, esto es, las personas mayores⁷¹⁴ y los pueblos originarios,⁷¹⁵ sin que se

⁷¹¹) La CDPD está compuesta por 50 arts. de los cuales del 5 al 30 recogen disposiciones sustantivas sobre reconocimiento de derechos. El primer grupo de arts. se aboca a las definiciones y disposiciones generales (art. 1 propósito, art. 2 definiciones, art. 3 principios generales, y art. 4 obligaciones generales); un segundo grupo de arts. recoge disposiciones de aplicación transversal (art. 5 igualdad y no discriminación, art. 6 mujeres con discapacidad, art. 7 niños y niñas con discapacidad, art. 8 toma de conciencia, y art. 9 sobre accesibilidad); un tercer grupo recoge disposiciones que protegen la vida (art. 10 derecho a la vida y art. 11 situaciones de riesgo y emergencias humanitarias); un cuarto grupo recoge disposiciones que protegen la igualdad ante la ley y acceso a la justicia (art. 12 capacidad jurídica, y art. 13 acceso a la justicia); un quinto grupo recoge disposiciones que protegen la libertad (art. 14 libertad y seguridad personal, art. 18 libertad de desplazamiento y nacionalidad y art. 20 movilidad personal); un sexto grupo recoge disposiciones que protegen la integridad personal (art. 15 protección contra la tortura, art. 16 protección contra la explotación, la violencia y el abuso, y art. 17 protección de la integridad personal); un séptimo grupo recoge disposiciones que protegen la privacidad y la familia (art. 22 respeto a la privacidad y art. 23 respeto del hogar y la familia); un octavo grupo recoge disposiciones que protegen la participación en la vida pública (art. 21 libertad de expresión y de opinión y acceso a la información, art. 29 participación en la vida política y pública, y art. 30 participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte); un noveno grupo recoge disposiciones que protegen la vida independiente y con dignidad (art. 19 derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, art. 26 habilitación y rehabilitación, y art. 28 nivel de vida adecuado y protección social); finalmente un décimo grupo recoge disposiciones que protegen derechos sociales básicos (art. 24 educación, art. 25 salud, y art. 27 trabajo y empleo).

⁷¹²) Bariffi, F., El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, Madrid: Ediciones Cinca, Cap. III.(2014).

⁷¹³) Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Adoptado por la Asamblea General mediante resolución A/RES/61/106 de 13 de diciembre de 2006.

⁷¹⁴) En diciembre de 2010 la Asamblea General crea un grupo de trabajo de composición abierta (Grupo de Trabajo sobre Envejecimiento)³⁶, con participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, con el propósito de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas de edad, examinando el marco internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas de edad, y determinando sus posibles deficiencias y la mejor forma de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas. A/RES/65/182, 4 de febrero de 2011, para. 28. BARIFFI, F. Y SEATZU, F. (2019) La convención de la OEA sobre los derechos de las personas mayores y la ratificación del modelo de toma de decisiones con apoyos en Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, Vol. 3, Núm. 1, pp. 89-119.

⁷¹⁵) El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas es el órgano asesor del Consejo Económico y Social (ECOSOC). El Foro fu establecido el 28 de julio de 2000 por la Resolución 2000/22, con el

haya alcanzado aún el consenso necesario para la adopción de un instrumento vinculante.

Asimismo, no se considerarán dentro de este enfoque la especificación de derechos de personas en situación de refugio y asilo por enmarcarse las mismas fuera de contextos de paz y de vigencia el SUDH. Misma consideración habremos de tener respecto del sistema de normas y principios que regulan los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales bajo el amparo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Dichas perspectivas serán abordadas en el punto X infra.

I.3. Enfoque de criminalización

El enfoque de criminalización del SUDH se ha centrado no ya en reconocer derechos universales, o derechos específicos, sino más bien en generar obligaciones internacionales en torno a la prevención, erradicación, juzgamiento y penalización de violaciones graves a los derechos humanos amparados por los tratados generales o específicos. En rigor, el enfoque de criminalización se ha centrado en aquellas modalidades de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos fundamentales como la vida (genocidio), la integridad personal (tortura), la libertad (esclavitud), o la igualdad (apartheid).

El enfoque de criminalización del SUDH se vincula, y en algún punto ha dado origen, a una nueva rama del Derecho Internacional, esto es, el Derecho Penal Internacional. Por ello, en lo que sigue, simplemente se efectuará una descripción general de los instrumentos vinculantes que recogen formas o modalidades de criminalización de violaciones graves a los derechos humanos, y nos remitiremos a los aspectos más específicos de la materia penal al capítulo correspondiente de esta obra.

Asimismo, cabe aclarar en este punto, que existe un amplio compendio de normas vinculantes de carácter universal que tienen como objeto la prevención, investigación, juzgamiento y penalización de modalidades de criminalidad con componentes de internacionalidad, siendo la categorización más consensuada aquella que distingue la criminalidad internacional de la criminalidad transnacional. En rigor, el SUDH se aboca a las modalidades de criminalidad internacional, y el Derecho Penal Transnacional la rama que se aboca a regular la segunda de las categorías señaladas.⁷¹⁶

Ahora bien, desde un punto de vista formal, el Sistema de Tratados del SUDH incluye solamente las

mandato de examinar las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del ECOSOC relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humano. SCORRY, S., (2014) *Pueblos indígenas para el mundo del mañana*. Pamplona: Editorial Círculo Rojo.

⁷¹⁶) Bassiouni, C. M. (1984). *Derecho Penal Internacional*, Madrid: Tecnos; Werle, G. (2005). *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.

convenciones contra la tortura y contra las desapariciones forzadas, aunque metodológicamente correspondería incluir aquellas que tipifican el crimen contra la humanidad, el genocidio, el apartheid, la esclavitud, la piratería o el terrorismo internacional, en la medida que dichos crímenes sean cometidos en contextos de paz, y sin perjuicio de que estas últimas modalidades delictivas no se encuentren amparadas por el Sistema de Órganos y/o por el Sistemas de Controles establecidos por el SUDH.

Por lo contrario, quedan excluidas del enfoque de criminalización del SUDH las modalidades delictivas aplicables en contextos de conflictos armados (crímenes de guerra), de uso de la fuerza Estatal (agresión), o de ataque sistemático y generalizado contra la población civil en contextos de conflictos armados (crímenes de lesa humanidad, genocidio y terrorismo internacional).⁷¹⁷

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁷¹⁸ (CCT) de 1984 es un tratado internacional que tiene como objetivo principal erradicar la práctica de la tortura reafirmando con carácter universal una prohibición que ya se encontraba contemplada en la DUDH (art. 5), el PIDCP (art. 7), así como en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (DIH), y posteriormente recogida en la CDN (art. 37), la CDTM (art. 10), la CDPD (art. 15).⁷¹⁹ La prohibición de la tortura no solo tiene consolidadas bases convencionales, sino que también es considerada una norma de derecho consuetudinario con carácter de *jus cogens*.⁷²⁰

Se podría decir que el valor principal de la CCT es, en realidad, incorporar a la prohibición existente de tortura una serie de aspectos normativos adicionales, entre los que se pueden destacar, la definición del término “tortura” -en clave de tipificación penal- (art. 1(1)), la consideración de prohibición absoluta (art. 2), la prohibición de expulsión, devolución o extradición ante riesgo de tortura (art. 3), la obligación de tipificar y criminalizar a nivel nacional (art. 4), o la obligación de juzgar o extraditar (art. 5).

La CCT adopta un doble enfoque en cuanto al tipo o modalidad de actos o prácticas prohibidas, esto es, actos o prácticas de tortura por un lado, y actos o prácticas de tratos crueles, inhumanos o degradantes por el otro. En relación con lo primero, la CCT es el único tratado universal, que define

⁷¹⁷) Bantekas, I. Nash, S. (2007), *International Criminal Law*, Third Edition, London: Routledge-Cavendish.

⁷¹⁸) Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987. Véase Mariño Menéndez, F., (2009), “The Convention Against Torture and its Optional Protocol”, in *International Human Rights Law in a Global Context*, Gomez Isa, F. & Feyter K., (Eds.), University of Deusto, Bilbao.

⁷¹⁹) Van der Vyver, J. D., (2003-2004) *Torture as a Crime Under International Law*, *Albany Law Review*, Vol. 67, pp. 427-463.

⁷²⁰) Bassiouni, C. M., (1996) *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59.4, pp. 63-74; Bariffi, F. (2006) “El principio de la jurisdicción universal a la luz del carácter jus cogens de ciertos crímenes internacionales”, *Revista de la Universidad Católica Argentina “El Derecho”*, 18 de mayo.

lo que se entiende por tortura,⁷²¹ el señalar en su art. 1(1) que

“se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

En relación con lo segundo, la CCT estipula en su art. 16 que todo

“Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.

Asimismo, la CCT prevé un Protocolo Facultativo adoptado en 2002 el cual tiene como objetivo “establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”,⁷²² A dichos fines se crea un Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (SCPT) del Comité contra la Tortura (art. 2), el cual contará con la colaboración de órganos independientes nacionales (art. 3).

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas⁷²³ (CDFP) de 1999 tiene como objeto tutelar el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada y el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación.

La CDFP entiende por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley (art. 2). Asimismo, el art. 5 establece

⁷²¹) Ello sin perjuicio de lo señalado en el ámbito regional, o en los denominados elementos del crimen de la Corte Penal Internacional: Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 09/12/1985. Series de Tratados de la OEA, Vol. 67: Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

⁷²²) Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 77/199, de 18 de diciembre de 2002. Entrada en vigor el 22 de junio de 2006.

⁷²³) Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución A/RES/61/177, el 20 de diciembre de 2002. Entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010.

que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.

II. Sistema de Órganos de Derechos Humanos

El SUDH no solo ha promovido la codificación de estándares universales de derechos humanos de carácter vinculante, sino que además ha promovido la creación de diferentes órganos para la promoción, protección y el control del cumplimiento de dichos estándares por parte de los Estados miembros de la ONU.

La clasificación más aceptada del Sistema de Órganos es aquella que distingue entre órganos convencionales, y órganos extra convencionales, es decir, órganos cuya creación y competencia viene dada en la propia convención que establece obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, y órganos cuya creación y competencia viene dada en virtud de la Carta de la ONU. Como consecuencia de ello, los órganos convencionales solo tendrán competencia respecto de aquellos Estados que expresamente hayan dado su consentimiento, mientras que los órganos extra-convencionales serán competentes respecto de todos los miembros de la ONU.

II.1. Órganos extra-convencionales (en virtud de la Carta de la ONU). Como se ha dicho previamente, la Carta de la ONU no previó un órgano específico en materia de derechos humanos, aunque sí definió los órganos competentes en dicho ámbito, esto es, la Asamblea General, con funciones de promover estudios y formular recomendaciones (art. 13.1.b), y el Consejo Económico y Social (ECOSOC), con funciones de formular recomendaciones, así como de crear comisiones para la promoción de los derechos humanos (arts. 62.2 y 68 respectivamente). Actualmente el sistema de órganos extra convencionales está conformado por el Consejo de Derecho Humanos (ex Comisión de Derechos Humanos) y por Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

II.1.a. La Comisión de Derechos Humanos (Actual Consejo de Derechos Humanos). La Comisión de Derechos Humanos fue el órgano subsidiario creado en 1946 por el ECOSOC en virtud de las funciones conferidas por el art. 68 de la Carta con el propósito de “*promover el respeto de los derechos humanos a nivel universal*”. En su génesis la Comisión fue concebida como un órgano técnico, integrado por expertos a título personal (nueve), y de apoyo al ECOSOC con un

mandato claro: proponer proyectos de instrumentos internacionales de reconocimiento de derechos.⁷²⁴

La Comisión tuvo una vigencia de 60 años hasta que fue reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos en 2006. Durante dicho período la Comisión desarrolló una prolífica tarea, y su ámbito de trabajo fue mutando sustancialmente.⁷²⁵

Durante las primeras dos décadas la Comisión se abocó exclusivamente al establecimiento de estándares universales, siendo su participación fundamental para la adopción de la DUDH en 1948, así como para la adopción de los dos Pactos de 1966.⁷²⁶ A partir de 1967, la Comisión fue investida por el ECOSOC de facultades para abordar violaciones de derechos humanos, lo que dio origen a los procedimientos 1235 y 1503. En el mismo período la Comisión también comenzó a crear grupos especiales de expertos para investigar regiones o países, y posteriormente para investigar determinadas cuestiones de derechos humanos, lo que dio origen a los mecanismos “temáticos y geográficos”, generalmente encomendados a los llamados “Relatores Especiales”, los cuales serán analizados más adelante.

En los últimos 20 años de su vigencia, fruto de los informes e investigaciones que daban cuenta de patrones de violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos en América Latina (70s-80s), en África y Europa del Este (80s-90s), la Comisión fue asumiendo un rol más activo y político, creando relatorías para monitorear situaciones que constituían crímenes de genocidio y de lesa humanidad, todo ello, en estrecha colaboración con el Consejo de Seguridad, y bajo un evidente escepticismo de los Estados miembros de la ONU en cuanto a conferir a este órgano potestades de actuar ante las “situaciones” de violaciones graves y sistemáticas.

II.1.b. El Consejo de Derechos Humanos (Ex Comisión de Derechos Humanos). El Consejo de Derechos Humanos es actualmente el principal órgano de la ONU abocado a la promoción y protección de los derechos humanos. La Asamblea General lo creó el 15 de marzo de 2006⁷²⁷ para reemplazar a la Comisión de Derechos Humanos para continuar su labor. El Consejo proporciona orientación sobre políticas, examina los problemas que surgen en el ámbito de los derechos

⁷²⁴) Resolución del ECOSOC del 16 de febrero de 1946 (Documento E/20 de 15 de febrero de 1946).

⁷²⁵) Jean-Bernard Marie, United Nations Commission on Human Rights. Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity, Encyclopedia.com, 4 Jul. 2019 <https://www.encyclopedia.com> .

⁷²⁶) The Commission's work on standard-setting continued beyond this initial period as it drafted other special instruments (declarations and conventions): primarily the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (1979), the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment (1984), and the Convention on the Rights of the Child (1989), Idem.

⁷²⁷) A/RES/60/251, de 3 de abril de 2006.

humanos, elabora nuevas normas internacionales y vela por su cumplimiento en todo el mundo. El Consejo puede evaluar la situación de los derechos humanos en cualquier lugar del mundo y estudiar los datos presentados por los Estados, las ONG y otras fuentes.⁷²⁸

El Consejo está integrado por 47 miembros (representantes de Estados) elegidos en votación secreta por mayoría de miembros de la Asamblea General. Los miembros del Consejo tienen mandatos de tres años y no son reelegibles inmediatamente después de dos mandatos consecutivos. Tiene la capacidad de discutir todas cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos y situaciones que requieren su atención durante todo el año. Se reúne en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

En 2007, el consejo adoptó su "Constitución Institucional"⁷²⁹ que proporciona elementos que guían su trabajo futuro. Entre estos se destaca el nuevo Mecanismo de Examen Periódico Universal, a través del cual se examinará la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Otras características incluyen un nuevo Comité Asesor que sirve como el "*think tank*" del consejo asesorándolo en diversas cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos y el nuevo mecanismo de Método de Denuncias que permite que individuos y organizaciones presenten denuncias sobre violaciones de los derechos humanos a la atención del Consejo. El Consejo de Derechos Humanos también continuará trabajando de cerca con los Procedimientos Especiales de las Naciones Unidas establecidos por la extinta comisión y admitidos por el Consejo.

II.1.c. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es el principal funcionario en derechos humanos de las Naciones Unidas. Forma parte de la Secretaría General y ocupa el cargo de Secretario/a General Adjunto.⁷³⁰

El Alto Comisionado fue creado en 1993 mediante la resolución 48/141 de la Asamblea General con base a la recomendación realizada por la Declaración y Programa de Acción de Viena en el marco

⁷²⁸) <https://www.un.org/es/rights/overview/hrcouncil.shtml> .

⁷²⁹) En lo pertinente la Constitución estableció que el Examen del Consejo se deberá basar en lo siguiente: a) La Carta de las Naciones Unidas; b) La Declaración Universal de Derechos Humanos; c) Los instrumentos de derechos humanos en que es Parte un Estado; d) Las promesas y compromisos que hayan asumido voluntariamente los Estados, incluidos aquellos contraídos al presentar sus candidaturas para el Consejo de Derechos Humanos (en adelante "el Consejo"); 2. Además de lo anterior y dada la naturaleza complementaria y de mutua relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el examen tendrá en cuenta el derecho internacional humanitario aplicable. Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos, Resolución 5/1, A/HRC/5/21, 7 agosto de 2007.

⁷³⁰) La Actual Comisionada de la ONU para los derechos humanos es la ex mandataria de Chile, Michelle Bachelet (<https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/HighCommissioner.aspx>) 08/08/19.

de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Su equipo de trabajo está constituido por las unidades que integran la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.⁷³¹

El mandato del Alto Comisionado consiste en promover y proteger el goce y la plena realización, para todas las personas, de todos los derechos contemplados en la Carta de la ONU y en las normas y tratados internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, incluye prevenir casos de violaciones de derechos humanos, asegurar el respeto de todos los derechos humanos, promover la cooperación internacional para proteger los derechos humanos, coordinar actividades conexas en toda la ONU, y fortalecer y hacer más eficiente el sistema de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos. Además de las responsabilidades encomendadas por el mandato, la Oficina encabeza los esfuerzos por integrar un enfoque de derechos humanos en todas las actividades de los organismos de las Naciones Unidas.⁷³²

Operacionalmente, el Alto Comisionado trabaja con los gobiernos, los parlamentos, los tribunales, las instituciones nacionales, la sociedad civil, las organizaciones regionales e internacionales y el sistema de las Naciones Unidas para desarrollar y fortalecer la capacidad, en particular a nivel nacional, para la protección de los derechos humanos de conformidad con las normas internacionales.

II.2. Órganos Convencionales. Cada uno de los tratados internacionales que forman parte del Sistema de Tratados de Derechos Humanos, prevé la creación de un Comité de expertos que se encarga de la supervisión y monitoreo del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados. En la actualidad, hay nueve tratados internacionales de derechos humanos y un protocolo facultativo, para los que se han creado 10 órganos de tratados. Los órganos de tratados se componen de expertos independientes de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que los Estados postulan y eligen para mandatos fijos de cuatro años, que pueden renovarse.⁷³³

⁷³¹) La Sede de Ginebra cuenta con cuatro divisiones temáticas: * La División de Investigación y del Derecho al Desarrollo, que elabora políticas y ofrece orientación, herramientas y consejos, y apoya el fortalecimiento de capacidades en cuestiones temáticas de derechos humanos, con el propósito, entre otros, de normalizar los derechos humanos; * la División de Tratados de Derechos Humanos, que apoya a los órganos creados en virtud de tratados; * la División de Operaciones sobre el Terreno y Cooperación Técnica, responsable de supervisar y aplicar el trabajo de la Oficina sobre el terreno; * y la División de Mecanismos del Consejo de Derechos Humanos, que proporciona apoyo técnico y sustantivo al Consejo de Derechos Humanos, a su mecanismo de EPU y a los Procedimientos Especiales del Consejo. La Oficina del ACNUDH cuenta también con servicios y secciones específicos, que informan directamente al Alto Comisionado Adjunto, manejan la gestión central, la planificación, la coordinación y realizan actividades de difusión. <https://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx> (08/08/19).

⁷³²) Folleto del ACNUDH: Trabajo para sus derechos disponible en https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/Leaflet_english_web.pdf (08/08/19).

⁷³³) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

- (i) El Comité de Derechos Humanos (CteDH) es el órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por sus Estados Partes de conformidad con la parte IV (arts. 28 a 45);
- (ii) El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CteDESC)⁷³⁴ es el órgano compuesto por 18 expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de conformidad con la parte IV (arts. 16 a 25);
- (iii) El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CteEDR) es el órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de conformidad con la parte II (arts. 8 a 16);
- (iv) El Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CteEDM) es el órgano compuesto de 23 expertas independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de conformidad con la parte V (arts. 17 a 22);
- (v) El Comité contra la Tortura (CteCT) es el órgano compuesto de 10 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de conformidad con la parte II (arts. 17 a 24);
- (vi) El Comité de los Derechos del Niño (CteDN) es el órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de conformidad con la parte II (arts. 43 a 45);
- (vii) El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CteDTM) es el órgano compuesto de 14 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de conformidad con la parte VII (arts. 72 a 78);
- (viii) El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CteDPD) es el órgano compuesto de 18 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de conformidad con los arts. 35 a 39);
- (ix) El Comité contra las Desapariciones Forzadas (CteDF) es el órgano compuesto de 10 expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de conformidad con la Segunda Parte (arts. 26 a 36);
- (x) El Subcomité para la Prevención de la Tortura (SCPT), es un nuevo tipo de órgano de tratados

(<https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>) .

⁷³⁴) El Comité se creó en virtud de la Resolución ECOSOC 1985/17 del 28/05/1985.

compuesto de 25 expertos imparciales e independientes con el objeto de cumplir las funciones asignadas por el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de conformidad con su art. 2.

Si bien todos los Comités tienen competencia orgánica y funcional propia, su principal objetivo es el mismo, esto es, supervisar el cumplimiento de los Estados Parte de las obligaciones recogidas en los tratados que los crean. Para llevar a cabo dicha tarea cuentan con diversos mecanismos y procedimientos los cuales serán analizados en el apartado siguiente.

III. Sistema de Control Universal de Derechos Humanos

En el ámbito de los derechos humanos,

*“si bien es al Estado a quien compete, en primer lugar, proteger los derechos de los individuos sometidos a su jurisdicción, dicha competencia la ejerce en tanto que deriva de una obligación general que le viene impuesta por el Derecho Internacional y, por consiguiente, sometida a control a través de mecanismos internacionales”.*⁷³⁵

En otras palabras, no sólo compete al DI, el generar normas internacionales vinculantes para los Estados, sino también, y una vez que éstas hayan entrado en vigor, controlar su cumplimiento. Así surge la noción de “control internacional” que Mariño caracteriza como el “conjunto de procedimientos y técnicas destinados a verificar si el comportamiento de los Estados se adecúa o no a lo exigido por normas de conducta internacionales, que son por lo general normas jurídicamente obligatorias establecidas por tratados internacionales”.⁷³⁶

Esta noción de control internacional también ha sido definida en diferentes textos internacionales como “seguimiento”, “supervisión”, “vigilancia”, o “monitoreo”. Todos estos conceptos suelen tener la misma finalidad, es decir verificar si una conducta estatal se adecúa a una norma internacional. Por lo contrario, si bien la noción de control se centra en analizar la conducta del Estado frente a sus obligaciones internacionales, la misma debe ser distinguida de la noción de responsabilidad

⁷³⁵) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., La Protección Internacional de los Derechos Humanos, en Instituciones de Derecho Internacional Público, Coord. Díez de Velasco, 15º ed., Tecnos, Madrid, p. 632.

⁷³⁶) Mariño Menéndez Fernando, Derecho Internacional Público, Parte General, 4º ed., Trotta, Madrid, 2005, cap.21, [...Las técnicas de control se sentido estricto son de naturaleza administrativa y deben diferenciarse de las técnicas jurisdiccionales. En efecto, la función jurisdiccional internacional se ejerce en sentido propio para la solución, sobre la base del Derecho Internacional (o ex aequo et bono si las partes dan su consentimiento), de las controversias que las partes someten a jueces independientes de todo poder estatal, cuyas sentencias son definitivas y obligatorias para las partes en el proceso. En cambio (aparte el caso de los controles directamente interestatales) los procedimientos de control propiamente dichos son realizados, a instancia de parte o motu proprio, por órganos internacionales, con la finalidad de verificar, como se ha indicado, si una conducta estatal se adecúa a una norma internacional, pero no para conocer de controversias internacionales que ya existen antes de iniciarse el procedimiento, ni tampoco con la finalidad de “condenar” a un hipotético violador de la propia norma. Por ello un procedimiento de control nunca finaliza con una dedición jurídicamente vinculante, que produzca un efecto de cosa juzgada...].

internacional del Estado, ello en tanto que ninguno de los procedimientos o mecanismos de control instituidos por el sistema de control universal de derechos humanos tiene facultades de establecer responsabilidades de naturaleza vinculante.⁷³⁷

Conforme lo señalado precedentemente, el sistema de control universal de derechos humanos se diferencia entre aquellos de fuente convencional y aquellos de fuente extra convencional.

III.1. Mecanismos de control de fuente convencional.

Los órganos de tratados (Comités) han sido creados para llevar a cabo una función de control de las obligaciones establecidas en su respectivo instrumento, variando, en cada caso, los mecanismos disponibles. Algunos de ellos resultan comunes a todos los Comités mientras que otros sólo están previstos para ámbitos concretos. Ello ha llevado a la Asamblea General a adoptar una resolución con el objeto de fortalecer y mejorar el funcionamiento eficaz del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.⁷³⁸

III.1.a. Procedimiento de informes de los Estados. Se trata de un procedimiento común a todos los Comités mediante el cual, los Estados Parte en el respectivo tratado se comprometen, por el simple acto de ratificar o adherir al instrumento, a presentar informes⁷³⁹ respecto del cumplimiento de las obligaciones recogidas en el mismo. El informe debe ser elaborado por el propio Estado y será presentado ante el respectivo Comité conforme el cronograma y agenda de trabajo que establezca el mismo. Con el objeto de unificar criterios, y facilitar el trabajo de los Comités, el Alto Comisionado ha ido elaborando una serie de guías, recomendaciones, e instructivos sobre cómo se deben confeccionar y presentar los informes.⁷⁴⁰

El procedimiento de informes de los Estados habitualmente suele respetar el siguiente ciclo: (i) El Estado en cuestión presenta formalmente el informe al respectivo Comité; (ii) El Comité presenta una lista de cuestiones al Estado Parte; (iii) El Estado Parte presenta respuesta por escrito a la lista de cuestiones; (iv) Diálogo constructivo entre el Comité y el Estado Parte durante el período de

⁷³⁷ BASSIOUNI, M. C. & SCHABAS, W. (2011). *New challenges for the UN human rights machinery: what future for the UN treaty body system and the Human Rights Council procedures?*, Cambridge: Intersentia.

⁷³⁸ A/RES/68/268, 21/04/2014.

⁷³⁹ Existen tres categorías de informes: Informe inicial; informes periódicos de seguimiento; e informes de emergencia. Nowak p. 334.

⁷⁴⁰ National Mechanisms for Reporting and Follow-up: A Practical Guide to Effective State Engagement with International Human Rights Mechanisms, United Nations High Commissioner for Human Rights, HR/PUB/16/1, 2016. (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_16_1_NMRF_PracticalGuide.pdf); Véase también: Reporting to the United Nations Human Rights Treaty Bodies Training Guide, United Nations High Commissioner for Human Rights, HR/P/PT/20 (Part I), 2017 (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/PTS20_HRTB_Training_Guide_PartI.pdf).

sesiones del Comité; (v) El Comité emite sus observaciones finales sobre el informe incluyendo recomendaciones; (vi) Seguimiento e implementación de las recomendaciones del Comité.

Asimismo, y con el objeto de facilitar la transparencia, la pluralidad y el ejercicio democrático, el procedimiento de informes de los Estados ha ido permitiendo la participación de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y de Organizaciones de la Sociedad Civil en cada una de las etapas del procedimiento. Dicha participación se suele evidenciar con los llamados “informes sombra”, en los cuales dichos organismos pueden presentar al Comité su propia visión, datos o información sobre el estado de cumplimiento por parte del Estado en cuestión.⁷⁴¹ Dichos informes sombra, así como cualquier intervención de la sociedad civil no tienen carácter vinculante y los Comités pueden hacer uso de ellos a título informativo.

III.1.b. Las observaciones generales. Aunque en rigor no se trata de un procedimiento regular de supervisión, debe contemplarse como otra modalidad de control convencional la adopción de observaciones generales por partes de todos los Comités. Las mismas son comentarios que recogen la interpretación autorizada que el respectivo Comité realiza sobre alguna disposición recogida en el texto del tratado. Los términos de un tratado internacional suelen ser más bien generales y escuetos por necesidad propia de la técnica legislativa necesaria de un escenario de gran cautela diplomática. Por dicha razón los Comités suelen promover la adopción de estas observaciones generales que suelen brindar un desarrollo de interpretación jurídica, que, si bien no tiene carácter vinculante, los Estados suelen acatarlas con habitualidad. Actualmente es usual encontrar en la doctrina de la mayoría de las Cortes Supremas de los Estados de la ONU, el reconocimiento a las observaciones generales como una interpretación autorizada del contenido normativo de un derecho reconocido en algún tratado.

El número de observaciones generales que ha emitido cada Comité es muy variado dependiendo principalmente de cuán antigua o reciente haya sido su conformación. Los dos más recientes, el CteDF y el SCPT aun no han adoptado observaciones. El CteEDM es el que más veces lo hecho

⁷⁴¹) Working with the United Nations Human Rights Programme: A Handbook for Civil Society, United Nations High Commissioner for Human Rights, HR/PUB/06/10/Rev.1, 2008 (https://www.ohchr.org/EN/AboutUs/CivilSociety/Documents/Handbook_en.pdf); How to Follow Up on United Nations Human Rights Recommendations: A Practical Guide for Civil Society, Office of the High Commissioner for Human Rights, (<https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/CivilSociety/HowtoFollowUNHRRRecommendations.pdf>).

con 37,⁷⁴² le siguen el CteDH⁷⁴³ y CteEDR,⁷⁴⁴ ambos con 35, luego el CteDESC con 24,⁷⁴⁵ el CteDN con 23,⁷⁴⁶ el CteDPD con 7,⁷⁴⁷ y el CteCT⁷⁴⁸ y el CteDTM⁷⁴⁹ con 4 cada uno. Asimismo, también varía la denominación puesto que algunos las refieren como recomendaciones generales, y otros como comentarios generales. Las observaciones generales pueden tratar sobre un derecho en concreto, desarrollando su contenido, o sobre cuestiones de procedimiento o de cualquier otra índole.

III.1.c. Procedimiento de demandas interestatales. Tan solo tres (3) de los diez (10) Comités contemplan la posibilidad de resolver demandas entre Estados miembros por violación de obligaciones recogidas en el respectivo tratado, lo que se denomina procedimiento de demandas interestatales, el cual también es empleado en otros sistemas u organizaciones internacionales.⁷⁵⁰ La práctica de los Estados ha demostrado poco interés y apoyo al desarrollo e implementación de este procedimiento probablemente ante la posible afectación de las relaciones diplomáticas y de amistad entre los miembros de la ONU.⁷⁵¹

La CEDR prevé este tipo de procedimiento en sus arts. 11 a 13, sin que sea necesaria una manifestación o aceptación expresa de la competencia del respectivo Comité para activar el procedimiento. El art. 11 establece que “Si un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones de la presente Convención, podrá señalar el asunto a la atención del Comité”, dando lugar así aun procedimiento controversial donde el Comité actuará principalmente como mediador para arribar a una solución amistosa.⁷⁵²

⁷⁴²) Recomendaciones generales aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Fuente: N° 1 a N° 32: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II); N° 26: A/64/38; N° 27: CEDAW/C/GC/27; N° 28: CEDAW/C/GC/28.

⁷⁴³) Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos. Fuente: núm. 1 a núm. 32: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I); núm. 33: A/64/40(Vol.I); núm. 34: CCPR/C/GC/34; núm. 35: CCPR/C/GC/35.

⁷⁴⁴) Recomendaciones generales aprobadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Fuente: N° 1 a N° 31: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II); N° 32: CERD/C/GC/32; N° 33: CERD/C/GC/33; N° 34: CERD/C/GC/34; N° 35.

⁷⁴⁵) Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Fuente: N° 1 a N° 19: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.I); N° 20: E/C.12/GC/20; N° 21: E/C.12/GC/21.

⁷⁴⁶) Observaciones generales aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño. Fuente: N° 1 a N° 10: HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II); N° 11 y N° 12: A/65/41.

⁷⁴⁷) Comentarios Generales aprobados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: CRPD/C/GC/1, 11 Apr 2014; CRPD/C/GC/2, 11 Apr 2014; CRPD/C/GC/3, 22 Aug 2016; CRPD/C/GC/4, 22 Aug 2016; CRPD/C/GC/5, 29 Aug 2017; CRPD/C/GC/6, 09 Mar 2018; CRPD/C/GC/7, 21/09/2018.

⁷⁴⁸) Observaciones generales aprobadas por el Comité contra la Tortura. Fuente: N° 1 y N° 2: HRI/GEN/1/Rev.9(Vol.II); N° 3: CAT/C/GC/3.

⁷⁴⁹) Observaciones generales aprobadas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Fuente: núm. 1: CMW/C/GC/1; núm. 2: CMW/C/GC/2; núm. 3: CMW/C/GC/3; núm. 4: CMW/C/GC/4.

⁷⁵⁰) Nowak, op. Cit. p. 335.

⁷⁵¹) Leckie, S. (1988). “The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects or Wishful Thinking?”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 10, No. 2, ps. 249-303.

⁷⁵²) En 2018 por primer vez en la historia se presentaron tres denuncias interestatales ante el Cte-EDR. Decision

El PIDCP también prevé este procedimiento, aunque de modo opcional en su art. 41 para lo cual es preciso que el Estado Parte lo declare formalmente al momento de ratificar, adherir o en cualquier otro momento posterior. Varios Estados han formulado la respectiva declaración de aceptación de competencia del Comité para intervenir en este procedimiento, incluido la República Argentina,⁷⁵³ aunque hasta el momento no se ha registrado ningún caso concreto.

La CCT también prevé en su art. 21 la opción de cada Estado Parte de declarar que acepta la competencia del Comité para actuar ante denuncias interestatales. También varios Estados Partes se han pronunciado a favor de la competencia del Comité en virtud del art. 21, incluyendo la República Argentina, pero hasta el momento no se ha registrado ningún caso concreto.⁷⁵⁴

Cabe mencionar en este punto que tanto la CEDM (art. 29), la CCT (art. 30), y la CDTM (art. 92) también contemplan un procedimiento de resolución de controversias entre Estados Partes pero sin intervención del órgano de control, estableciendo un procedimiento de negociación, arbitraje, o incluso de arreglo judicial ante la Corte Internacional de Justicia.

III.1.d. Procedimiento de denuncias individuales. El procedimiento de denuncias individuales, o también llamado procedimiento de comunicaciones, se encuentra contemplado en la mayoría de los instrumentos del Sistema de Tratados de Derechos Humanos. En algunos casos, dicho procedimiento se encuentra previsto en el propio texto del tratado, mientras que en otros, se encuentra previsto en un Protocolo Facultativo. En todos los casos, el procedimiento requiere de la aceptación expresa por parte del Estado de la competencia del Comité para intervenir en este tipo de procedimientos.

Aunque cada instrumento regula su propio procedimiento existen muchas similitudes en cuanto al trámite establecido. Se inicia mediante la denuncia de un individuo, grupo de individuos u organizaciones no gubernamentales que deben reunir ciertos requisitos mínimos tales como, nombre y datos personales de la víctima o de quien la representa, el o los Estados denunciados, el o los artículos presuntamente vulnerados, descripción del agotamiento de las instancias internas de

regarding inter-state communication State of Qatar vs. Kingdom of Saudi Arabia (14 December 2018) disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CERD/NV_QatarSA_14Dec2018.pdf; Decision regarding inter-state communication State of Qatar vs. United Arab Emirates (14 December 2018) disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CERD/NV_QatarUAE_14Dec2018%20_003.pdf; Decision regarding inter-state communication State of Palestine vs. State of Israel (14 December 2018) disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CERD/NV_Palestine_Israel14Dec2018.pdf

⁷⁵³) United Nations Treaty Collection, Chapter IV, Human Rights, 4. International Covenant on Civil and Political Rights, disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-4.en.pdf> .

⁷⁵⁴) United Nations Treaty Collection, Chapter IV, Human Rights. 9. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-9.en.pdf> .

reclamación, y detalles de los hechos y pruebas o documentos que lo avalen.⁷⁵⁵

Recibida la denuncia o comunicación (registro) el respectivo Comité puede adoptar todos, o algunos de los siguientes pasos: (i) disponer medidas cautelares; (ii) disponer medidas de protección; (iii) recibir presentación de observaciones y comentarios de las partes; (iv) hacer un examen de admisibilidad separadamente del fondo; (v) a pedido de parte suspender temporalmente o cesar de manera definitiva el examen de la comunicación; (vi) efectuar un examen de la admisibilidad y del fondo de la cuestión.⁷⁵⁶

En caso de no arribarse a una solución amistosa, el Comité emite una opinión jurídica sobre el caso en el cual analiza los hechos, las alegaciones de las partes, las pruebas aportadas, y la eventual violación del derecho alegado. La determinación por parte del Comité de la existencia de una violación de una obligación convencional no implica responsabilidad internacional del Estado, por lo cual dicha opinión jurídica no resulta vinculante para el Estado en cuestión. Ello no exime a dicho Estado de su deber jurídico de actuar de buena fe frente a las conclusiones y recomendaciones que pudiera efectuar el órgano de control.

Los siguientes Comités basan su procedimiento en un Protocolo Facultativo, CteDH, CteDESC, el CteEDM, y el CteDPD, mientras que los CteDN, CteCT, CteDTM, y el CteEDR prevén este procedimiento en el mismo texto del tratado. La cantidad de casos resueltos por los diferentes Comités son muy variados, dependiendo de la antigüedad y la materia, pero lo cierto es que el sistema de control convencional de tratados relativo a los procedimientos o comunicaciones individuales ha ido dando forma a una verdadera jurisprudencia de derecho internacional de los derechos humanos.⁷⁵⁷

III.1.e. Procedimientos de investigación. En esta categoría se incluyen aquellos mecanismos específicamente previstos en algunos tratados que tienen como objeto que el órgano de control inicie una investigación ante información viable respecto de situaciones de violaciones graves y sistemáticas de derechos protegidos por el respectivo tratado.

Dicho procedimiento se encuentra previsto en la CTT (art. 20), el Protocolo Facultativo a la CEDM (art. 8), en el Protocolo Facultativo a la CDPD (art. 6), en la CDFP (art. 33), en el Protocolo Facultativo del PIDESC (art. 11); y en el Protocolo Facultativo sobre comunicaciones de la CDN

⁷⁵⁵) Por un ejemplo de modelo o formulario de denuncia puede consultarse el proporcionado por el Cte-DN disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/ComplaintFormOPICPR_CAT_CERD.doc .

⁷⁵⁶) Véase Guía informal preparada por la Secretaría, a la atención de los Estados Partes, sobre los procedimientos relativos al examen de comunicaciones individuales por los órganos de tratados, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/NoteStatesParties_SP.pdf .

⁷⁵⁷) Jurisprudence emanating from the United Nations Treaty Bodies: <https://juris.ohchr.org/> .

(art. 13).

Con pocas diferencias el procedimiento se inicia ante información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de cualquiera de los derechos amparados en el tratado en cuestión. El Comité debe invitar al Estado a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar sus observaciones sobre dicha información. Es decir, el procedimiento depende para su procedencia del consentimiento del Estado que resulta insoslayable. Según sea el caso el Comité puede asignar investigadores, o incluso realizar visitas *in loco*. El procedimiento es confidencial y cuando el Comité emite sus conclusiones u observaciones el Estado puede presentar sus propias observaciones. Para que las conclusiones del Comité se hagan públicas éste debe iniciar consultas con el Estado en cuestión.

III.2. Mecanismos de control de fuente extra-convencional. Los mecanismos extra convencionales son llevados a cabo por el Consejo de Derechos Humanos, el cual como hemos visto, es investido de competencia para el desarrollo de su labor por mandato directo de la Carta de la ONU. En otras palabras, el Consejo de Derechos Humanos no requiere del consentimiento del Estado o de la aceptación de su competencia por parte del mismo para ejercer sus funciones de control.

Los mecanismos de control extra convencionales se han ido desarrollando, y evolucionando progresivamente desde la creación de la primigenia Comisión y de Derechos Humanos en 1947. En 2007 el Consejo de Derechos Humanos adoptó su constitución institucional en la cual se detallan los procedimientos, mecanismos y estructuras que forman la base de su trabajo.

III.2.a. Examen periódico universal. El Examen Periódico Universal (EPU) es un proceso singular que incluye un examen de los expedientes de derechos humanos de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas.⁷⁵⁸ El EPU es un proceso dirigido por los Estados con el auspicio del Consejo de Derechos Humanos, que ofrece a cada Estado la oportunidad de declarar qué medidas ha adoptado para mejorar la situación de los derechos humanos en el país y para cumplir con sus obligaciones en la materia. A dichos fines el Consejo cuenta con un órgano subsidiario

⁷⁵⁸) El Consejo : (...)e) Realizará un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; dicho mecanismo complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados; el Consejo determinará las modalidades del mecanismo del examen periódico universal y el tiempo que se le asignará antes de que haya transcurrido un año desde la celebración de su primer período de sesiones. A/RES/60/251.

denominado “Grupo de Trabajo del Examen Periódico Universal”.⁷⁵⁹

Todos los miembros del Consejo han de ser sometidos al EPU. Para llevar a cabo la evaluación el Consejo contará con tres fuentes. La primera un informe preparado por el propio Estado examinado. La segunda es un informe preparado por el Alto Comisionado el cual contendrá la información contenida en los informes de los órganos de tratados, los procedimientos especiales, incluidas las observaciones y comentarios del Estado examinado, y otros documentos oficiales pertinentes de las Naciones Unidas. Finalmente, información creíble y fidedigna adicional que proporcionen otros interlocutores pertinentes al examen periódico universal, que también deba considerar el Consejo en el examen.

El examen se lleva a cabo por el Grupo de Trabajo bajo la modalidad de diálogo interactivo, es decir, mediante la participación simultánea de todos los miembros del Consejo y del propio Estado examinado. Como resultado del examen, el Grupo de Trabajo presenta un informe que consistirá en un resumen de las actuaciones del proceso de examen, las conclusiones y/o recomendaciones, y los compromisos voluntarios del Estado examinado. Asimismo, el EPU contempla la posibilidad de hacer un seguimiento, incluso adoptando medidas concretas.

III.2.b. Procedimiento de denuncia. Basado en el antiguo procedimiento 1503, el actual procedimiento de denuncias del Consejo de Derechos Humanos aborda las comunicaciones presentadas por personas, grupos u organizaciones no gubernamentales que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos o que tengan conocimiento directo y fehaciente de tales violaciones. El nuevo procedimiento, que sigue siendo confidencial, se ha mejorado con el objeto de garantizar que el mismo sea imparcial, objetivo, eficiente, orientado a las víctimas y se lleve a cabo de manera oportuna. A dichos fines el Consejo cuenta con dos Grupos de Trabajo sobre “comunicaciones” y sobre “situaciones” respectivamente.⁷⁶⁰

El procedimiento tiene como objeto central abordar los “cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas” de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia. Es decir, no se basa en violaciones individuales, sino más bien, en situaciones de violaciones graves o sistemáticas.

Desde un punto de vista procesal, el procedimiento tiene una estructura muy similar al procedimiento de denuncias individuales previsto en el sistema convencional de control, con la

⁷⁵⁹) <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/UPR/Pages/UPRmain.aspx> .

⁷⁶⁰) <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/HRCComplaintProcedureIndex.aspx> .

salvedad de su confidencialidad. Como corolario, el procedimiento puede adoptar una serie de medidas, entre las que se incluye la continuación de la investigación, la designación de un experto independiente, o la solicitud de asistencia técnica al Estado denunciado por parte del Alto Comisionado.

III.2.c. Procedimientos especiales. Los titulares de mandatos de Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos son relatores especiales, expertos independientes o grupos de trabajo compuestos de cinco miembros designados por el Consejo, que sirven a título personal. Los Procedimientos Especiales realizan visitas a los países, proceden sobre casos y problemas individuales y de índole estructural, mediante el envío de comunicaciones a los Estados y otros agentes para llamar su atención sobre presuntas vulneraciones y abusos, realizar estudios temáticos y congregar consultas de expertos, contribuir al desarrollo de las normativas internacionales de derechos humanos, emprender tareas de promoción, sensibilizar a la población y proporcionar asesoramiento en materia de cooperación técnica.⁷⁶¹

Una vez al año estos expertos independientes presentan al Consejo informes con sus conclusiones y recomendaciones, y también los someten a la Asamblea General de las Naciones Unidas. En algunas ocasiones, son los únicos mecanismos que alertan a la comunidad internacional acerca de determinados problemas de derechos humanos.

Hay dos tipos de mandatos de Procedimientos Especiales: los mandatos temáticos, tales como los relativos al agua y los saneamientos, la detención arbitraria, los derechos de los migrantes, la violencia contra las mujeres o la tortura y la trata de seres humanos, y otros mandatos que atañen a países específicos. En la actualidad existen 44 mandatos temáticos, y 12 mandatos por países.⁷⁶²

Sección Segunda. El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

I. Introducción

El proceso fundacional de las Naciones Unidas se vio virtualmente replicado, a nivel regional del continente americano, con la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá a principios de

⁷⁶¹) <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/SpecialProcedures.aspx> .

⁷⁶²) <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandateholders.aspx>; Véase también: Directory of Special Procedures Mandates Holders: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/VisualDirectoryNovember2018_en.pdf

1948, y que se saldó con la adopción de la Carta de la OEA, la cual entró en vigencia el 13/12/1951.⁷⁶³

Conjuntamente con la creación de la OEA, la citada Novena Conferencia Internacional Americana, también aprueba la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) constituyéndose en el primer instrumento internacional emanado del consenso de un grupo de Estados congregados bajo una organización internacional.⁷⁶⁴ Con ello, el sistema de organización regional se adelanta al proceso en el sistema universal de las Naciones Unidas cuya Asamblea General aprueba la histórica Declaración Universal en diciembre de dicho año.⁷⁶⁵

Ahora bien, mientras que la OEA toma el liderazgo con la adopción de la DADH, no es hasta fines de los años 50 que logra crear un órgano específico, esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), y hasta fines de los años 60 que logra los consensos necesarios para la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante con la adopción de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH)⁷⁶⁶ también llamada Pacto de San José de Costa Rica, y recién hacia fines de los años 80 que logra poner en funcionamiento un órgano de base jurisdiccional.

En la actualidad, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) cuenta también con un sistema de tratados, un sistema de órganos y un sistema de procedimientos de control.

II. Sistema de Tratados Interamericanos de Derechos Humanos. Como se ha dicho ya, el primer instrumento de derechos humanos emanado del contexto interamericano (OEA) fue la DADH. La misma recoge, al igual que la DUDH, tanto derechos civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. A diferencia de su par universal, la DADH también recoge una serie de deberes.⁷⁶⁷

⁷⁶³) La Novena Conferencia Internacional Americana, que reunió a 21 Estados en Bogotá, Colombia, en 1948, adoptó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

⁷⁶⁴) Gros Espiell, H., La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia de la filosofía y el derecho americana, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Número Especial, 1989.

⁷⁶⁵) Nikken, P., La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 52, 2010, p. 54 y ss.

⁷⁶⁶) Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripta en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, Serie de Tratados OEA n° 36.

⁷⁶⁷) La DADH cuenta con 38 artículos dispuestos del siguiente modo: Cap. I Derechos: Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona (art. 1); Igualdad ante la Ley (art. 2); Libertad religiosa y de culto (art. 3); Libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (art. 4); Protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar (art. 5); Constitución y a la protección de la familia (art. 6); Protección a la maternidad y a la infancia (art. 7); Residencia y tránsito (art. 8); Inviolabilidad del domicilio (art. 9); Inviolabilidad y circulación de la correspondencia (art. 10); Preservación de la salud y al bienestar (art. 11); A la educación (art. 12); A la cultura (art. 13); Al trabajo y a una justa retribución (art. 14); Al descanso y a su aprovechamiento (art. 15); A la seguridad social (art. 16); Al reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles (art. 17); A la justicia (art. 18); A la

Desde su adopción en 1948 hasta la creación de la Comisión Interamericana en 1959 la Declaración Americana constituyó un mero instrumento de derecho blando con gran significación ideológica y simbólica aunque con escaso valor jurídico. Sin embargo, hechos jurídicos sobrevinientes, entre los que se destaca el desarrollo organizacional de la OEA, así como la práctica tanto de dichos órganos como por parte de los Estados miembros, han ido transformando su naturaleza jurídica hasta convertirse en una verdadera fuente de obligaciones jurídico-internacionales.⁷⁶⁸

Pasado dos décadas de la adopción de la DADH la OEA adopta el instrumento de derechos humanos más importante de todo el Sistema, esto es, la CADH de 1969. La relevancia de dicho instrumento no solo radica en su carácter vinculante y alto nivel de ratificación, sino también por crear un órgano jurisdiccional propio, al tiempo que inviste a la ya creada Comisión de competencia específica para ejercer el control en el cumplimiento del tratado.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, la CADH es un tratado que recoge básicamente derechos civiles y políticos,⁷⁶⁹ aunque establece la obligación, para los Estados partes, del desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Carta de la OEA (cfr. art. 26). Asimismo la CADH cuenta con un primer Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1988, también llamado “Protocolo de San Salvador”,⁷⁷⁰ y un

nacionalidad (art. 19); Al sufragio y de participación en el gobierno (art. 20); De reunión (art. 21); De asociación (art. 22); A la propiedad (art. 23); De Petición (art. 24); A la protección contra la detención arbitraria (art. 25); A un proceso regular (art. 26); De asilo (art. 27); Alcance de los derechos del hombre (art. 28). Cap. II Deberes: Ante la sociedad (art. 29); Con los hijos y los padres (art. 30); De instrucción (art. 31); De sufragio (art. 32); De obediencia a la Ley (art. 33); De servir a la comunidad y a la nación (art. 34); De asistencia y seguridad sociales (art. 35); De pagar impuestos (art. 36); De trabajar (art. 37); De abstenerse de actividades políticas en país extranjero (art. 38).

⁷⁶⁸) Bariffi, F. (2019). La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 13, Edición Especial, ps. 1-21.

⁷⁶⁹) La CADH cuenta con 82 artículos divididos en tres partes. La parte primera es la que recoge los derechos y deberes. art. 1. Obligación de Respetar los Derechos; art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno; art. 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica; art. 4. Derecho a la Vida; art. 5. Derecho a la Integridad Personal; art. 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre; art. 7. Derecho a la Libertad Personal; art. 8. Garantías Judiciales; art. 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad; art. 10. Derecho a Indemnización; art. 11. Protección de la Honra y de la Dignidad; art. 12. Libertad de Conciencia y de Religión; art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión; art. 14. Derecho de Rectificación o Respuesta; art. 15. Derecho de Reunión; art. 16. Libertad de Asociación; art. 17. Protección a la Familia; art. 18. Derecho al Nombre; art. 19. Derechos del Niño; art. 20. Derecho a la Nacionalidad; art. 21. Derecho a la Propiedad Privada; art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia; art. 23. Derechos Políticos; art. 24. Igualdad ante la Ley; art. 25. Protección Judicial; art. 26. Desarrollo Progresivo; art. 27. Suspensión de Garantías; art. 28. Cláusula Federal; art. 29. Normas de Interpretación; art. 30. Alcance de las Restricciones; art. 31. Reconocimiento de Otros Derechos; art. 32. Correlación entre Deberes y Derechos.

⁷⁷⁰) Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado el 17 de noviembre de 1988. Serie de Tratados OEA n° 52. Los derechos y obligaciones reconocidos en el texto son los siguientes: art. 1 Obligación de Adoptar Medidas; art. 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno; art. 3 Obligación de no Discriminación; art. 4 No Admisión de Restricciones; art. 5 Alcance de las Restricciones y Limitaciones; art. 6 Derecho al Trabajo; art. 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo; art. 8 Derechos Sindicales; art. 9 Derecho a la Seguridad Social; art. 10 Derecho a la Salud; art. 11 Derecho a un Medio Ambiente Sano; art. 12 Derecho a la Alimentación; art. 13 Derecho a la Educación; art. 14 Derecho a los Beneficios de la Cultura; art. 15 Derecho a la Constitución y Protección de la Familia; art. 16 Derecho de la Niñez; art. 17 Protección de los Ancianos; art. 18 Protección de los Minusválidos.

segundo Protocolo Facultativo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.⁷⁷¹

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias en 1985 emula en gran medida la CCT a nivel universal. El tratado establece una serie de obligaciones a los Estados Partes incardinadas a prevenir y sancionar la tortura conforme es tipificada en el propio texto.⁷⁷²

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994, conocida también como "*Convención de Belém do Pará*", se erige como un instrumento de derechos específicos con el objeto garantizar a toda mujer el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.⁷⁷³ El tratado define lo que debe entenderse por violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Asimismo, recoge una serie de derechos destinados al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 antecede en más una década la CEDF a nivel universal. El tratado tiene como objeto que los Estados Parte se comprometan a no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales.⁷⁷⁴

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999⁷⁷⁵ también antecede en casi una década a la CDPD a nivel universal, y define "discriminación contra las personas con discapacidad" como toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.⁷⁷⁶

⁷⁷¹) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Adoptado en Asunción del Paraguay el 06 de agosto de 1990, Serie sobre Tratados OEA n° 73.

⁷⁷²) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985. Serie sobre Tratados OEA n° 51.

⁷⁷³) Convención de Belém do Pará: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, adoptada el 6 de septiembre de 1994. Serie sobre Tratados OEA n° 61.

⁷⁷⁴) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, Serie sobre Tratados OEA n° 60.

⁷⁷⁵) Adoptada en la ciudad de Guatemala el 7 de junio de 1999 y entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001. Serie de Tratados OEA n° 65.

⁷⁷⁶) Bariffi, F. (2017). "Human Rights and Disability Reinterpreting Disability within the OAS in Light of the CRPD", in *Disability Law and Policy: An Analysis of the UN Convention*, QUINN & O'MAHONY (Ed.), Dublin: Clarus Press,

La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia de 2013 tiene por objeto que los Estados Parte se comprometan a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de dicha Convención, todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia.⁷⁷⁷

La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia también de 2013 se erige como un instrumento de derechos humanos que pretende establecer un marco general contra todo tipo de discriminación basado en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.⁷⁷⁸

Finalmente, el último de los instrumentos de derechos humanos adoptados en el marco del SIDH fue la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015⁷⁷⁹, cuyo objeto es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

III. Sistema de Órganos Interamericanos de Derechos Humanos .El Carta originaria de la OEA adoptada en 1948 no preveía ningún órgano especializado en materia de derechos humanos pese a la adopción de la Declaración Americana de forma conjunta como se ha señalado más arriba.

En la actualidad el SIDH se estructura principalmente a través de la intervención de dos órganos específicos cuyas funciones y competencias han sido determinadas convencionalmente en la propia Carta de la OEA o en la CADH, esto es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH).

Tanto la CoIDH como la CteIDH tienen la competencia, según sea el caso, de expedirse sobre la vulneración de derechos amparados en la CADH en el marco de reclamaciones individuales, aunque con modalidades y efectos jurídicos diversos.

ps. 435-446.

⁷⁷⁷) Adoptada en Antigua Guatemala el 5/6/2013. Serie de Tratados OEA n° 68.

⁷⁷⁸) Adoptada en Antigua Guatemala el 5/6/2013. Serie de Tratados OEA n° 69.

⁷⁷⁹) Adoptada en Washington, Estados Unidos, el 15/06/2015. Serie Tratados OEA n° 70.

Asimismo, existen otros órganos (Comités) creados por los tratados para ejercer el control de los compromisos adquiridos por los Estados Partes, aunque como veremos más adelante, su competencia y funciones son ostensiblemente menores que las que disponen los Comités de tratados en el marco universal.

III.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La CoIDH fue creada en 1959. En el apartado VIII (II) de la Declaración de Santiago las delegaciones presentes de la OEA resuelven

*“... Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá atribuciones específicas que este le señale...”*⁷⁸⁰

El Consejo aprobó el primer estatuto de la CoIDH el 25 de mayo de 1960, pero debido a la insuficiencia de facultades y de atribuciones consignadas, se le permitió ampliar sus funciones y sus capacidades a través de su reforma en abril de 1966. La principal modificación fue la atribución de la facultad de examinar peticiones individuales, y en dicho marco, formular recomendaciones específicas a los Estados miembros.⁷⁸¹ En virtud de ello, la CoIDH hizo recomendaciones sobre la base de peticiones que alegaban violaciones a ciertos derechos civiles y políticos de la DADH (derecho a la vida, igualdad ante la ley, libertad de religión, libertad de expresión, libertad frente a la detención arbitraria y debido proceso).⁷⁸²

El protocolo de Buenos Aires de 1967, mediante el cual se modifica el texto de la Carta de la OEA, marca un punto de inflexión para la Comisión. El citado protocolo en su art. XII enmienda la Carta originaria de la OEA incorporando en el nuevo texto el art. 51 (actual 53) sobre órganos, y en su inciso e) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en virtud de ello, pasa a ser parte de los órganos principales de la OEA.⁷⁸³

Asimismo, el protocolo en su art. XV introducía el art. 112 (actual 106) en el nuevo texto de la Carta el cual señala que *“...Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento*

⁷⁸⁰) Reunión Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores - Santiago, Chile - Agosto 12 al 18, 1959.

⁷⁸¹) Santiago, A. y Ferrari, G., Los derechos humanos en la tradición jurídica americana, Revista El Derecho, N° 14.427, año LVI, 2018, p. 5.

⁷⁸²) Nowak, M., Introducción el régimen internacional de los derechos humanos, Universidad de Buenos Aires, 1ª Edición, Buenos Aires, 2009, p. 252.

⁷⁸³) Protocolo de Buenos Aires de Reforma de la Carta de la OEA, Suscrito en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, Buenos Aires, Argentina, 27/02/1967.

de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia...”. Adicionalmente el art. XXIII introducía en la Carta el art. 150 (actual 145) el cual establece que “...mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos...”.⁷⁸⁴

Consecuentemente, la reforma de 1967 supone la incorporación de la Comisión como órgano principal de la OEA, y “obviamente esa anexión importó también que el estatuto de dicha comisión formara parte implícitamente de la Carta”.⁷⁸⁵ Como vimos más arriba, el mencionado estatuto desde 1966, ya señalaba en su art. 2 que por derechos humanos debía entenderse “los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”. Por ello, desde la entrada en vigor de la Reforma de la Carta el 27 de febrero de 1970 hasta la entrada en vigor de la CADH el 18 de julio de 1978, la Comisión tuvo competencia respecto todos los Estados Miembros de la OEA para ejercer sus funciones, incluida la de examinar peticiones individuales, en virtud de los derechos y deberes establecidos en la DADH.

La adopción de la CADH es otro de los hitos fundamentales en la evolución de la CoIDH, puesto que amplía el ámbito de competencia *ratione materiae*, en tanto que conforme señala su art. 33, la misma pasa a ser tener competencia “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”. Ello es luego reflejado en el reforma de su estatuto en 1979 cuyo vigente art. 1 inciso 2° establece: “...Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende: a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros”.⁷⁸⁶

Asimismo la CADH no solo amplía la competencia material de la CoIDH sino que también reglamenta un procedimiento específico frente a denuncias individuales o por parte de Estados (cfr. arts. 44 y 45), al cual nos referiremos más adelante.

La CoIDH es un órgano técnico de control de carácter administrativo, compuesto por siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos y por el Consejo de la OEA. Los miembros de la CoIDH deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida

⁷⁸⁴) Ídem ant.

⁷⁸⁵) Hitters, J. C. y Fappiano, O. L., Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit. P. 394.

⁷⁸⁶) Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Aprobado mediante la Resolución N° 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

versación en materia de derechos humanos. La duración de su mandato es de cuatro años, renovables por un único período adicional.

La CoIDH tiene su sede en la ciudad de Washington en Estados Unidos.

III.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. La CteIDH es un órgano judicial de carácter internacional y permanente creado de forma expresa por un tratado internacional (CADH). Como consecuencia de ello, son las reglas de propio tratado las cuales proporcionan las bases jurídicas de validez y funcionamiento, y de forma subsidiaria, por los principios generales de derecho internacional público. *A contrario sensu*, ninguna norma ni principio de base doméstica puede tener efecto alguno sobre sus condiciones jurídicas de validez y funcionamiento. En este punto, el Estado como sujeto de derecho internacional solo tiene la única, aunque vital potestad, de aceptar o no aceptar su legitimidad orgánica respecto del propio tratado que le da origen, así como de aceptar o no aceptar su competencia respecto del caso concreto.

Conforme lo señala el art. 63, la CteIDH resuelve en única instancia y de forma inapelable si un Estado miembro de la CADH y que haya aceptado su competencia, ha violado un derecho o una libertad recogidos en el texto de dicho tratado internacional.

Es decir, la CteIDH corre con la vital tarea de determinar si en relación con un caso concreto, un Estado Parte ha incumplido con una obligación internacional que le resulta jurídicamente vinculante.

La CteIDH está integrada por siete jueces, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que les postule como candidatos. Los jueces de la CteIDH son electos para un mandato de seis años y sólo pueden ser reelectos una vez.

De conformidad con el art. 1º del Estatuto de la CteIDH, ésta es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH. Para el cumplimiento de dicho objetivo, la CteIDH tiene dos funciones: una función jurisdiccional, la cual se rige por las disposiciones de los arts. 61, 62 y 63 de la CADH y una función consultiva, la cual se rige por las disposiciones establecidas en el art. 64 de la CADH.

La CteIDH tiene su sede en la ciudad de San José en Costa Rica.

III.3. Comités de Tratados. Algunos de los instrumentos que conforman el Sistema de Tratados

Interamericanos de Derechos Humanos contemplan la creación de un órgano específico para llevar a cabo el seguimiento de los compromisos asumidos por los Estados Partes. Estos Comités solo tienen asignada funciones de seguimiento a través del análisis de informes de los Estados, quedando la posibilidad de analizar reclamaciones individuales o interestatales a cargo de la CoIDH.

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), es creado en virtud del art. VI del respectivo tratado con el objeto de examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención y para intercambiar experiencias entre los Estados Parte.⁷⁸⁷

El Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia está conformado por un experto nombrado por cada Estado Parte quien ejerce sus funciones en forma independiente y cuyo cometido radica en monitorear los compromisos asumidos convencionalmente. El Comité también se encarga de dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados que sean parte de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

El Comité de Expertos para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores es uno de los órganos previstos por el tratado, conjuntamente con la Conferencia de Estados Parte, con el fin de dar seguimiento a los compromisos adquiridos y promover la efectiva implementación de la Convención.

Asimismo, se podría mencionar aquí como un órgano de derechos humanos la Comisión Interamericana de Mujeres, la cual, si bien precede en su creación a la propia OEA, en 2004 se estableció como mecanismo de seguimiento a la *Convención de Belém do Pará*, a través de una metodología de evaluación multilateral sistemática y permanente, fundamentada en un foro entre los Estados parte y un Comité de Expertas.⁷⁸⁸

IV. Sistema de Control Interamericano de Derechos Humanos. Los mecanismos de control en el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados miembros de la OEA en materia derechos humanos se pueden dividir en dos categorías o modalidades. Por un lado, los mecanismos de control de los instrumentos generales de derechos humanos, y los mecanismos de control previstos para instrumentos temáticos o de reconocimiento de derechos específicos.

IV.1. Mecanismos de control de los instrumentos generales de derechos humanos. En la

⁷⁸⁷) En internet https://www.oas.org/es/sedi/ddse/paginas/index-4_comite.asp

⁷⁸⁸) En internet <http://www.oas.org/es/cim/nosotros.asp>

actualidad han ratificado la Carta, y por ende son miembros de la OEA, un total de 35 Estados Americanos, es decir, todos los Estados independientes y reconocidos como sujetos de derecho internacional de la región, forman parte de esta organización. Del total de Estados miembros de la OEA, 25 de ellos han ratificado o adherido a la CADH, aunque dos de ellos han denunciado el instrumento posteriormente, aun cuando se produzca una situación compleja respecto de Venezuela que vuelve a ratificar la CADH en julio de 2019.⁷⁸⁹ Asimismo de los 25 Estados miembros de la CADH, 22 de ellos aceptan la competencia de la CteIDH, y tres de ellos han renunciado a la misma con posterioridad a la manifestación del consentimiento.⁷⁹⁰

Consecuentemente, en el marco de competencias en razón del sujeto y en razón de la materia de los mecanismos de control de los instrumentos generales de derechos humanos, se pueden identificar los siguientes mecanismos o procedimientos:

IV.1.a. Procedimiento de reclamaciones individuales. Probablemente el mecanismo más importante que se ha desarrollado en el marco del SIDH radica en la posibilidad de activar un procedimiento de denuncias promovido por individuos y organizaciones de la sociedad civil.

Los procedimientos posibles dependen, como se ha dicho, de la competencia material y personal del órgano en cuestión, es decir, del Estado denunciado y de sus respectivos compromisos asumidos convencionalmente. Dicho marco habilita las siguientes posibilidades:

(i) Respecto de todos los Estados miembros de la OEA solo la CoIDH como órgano principal de la Organización tiene la facultad de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia, incluido, la facultad de examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales. Dichas funciones las ejerce tomando como ámbito normativo los derechos humanos recogidos en la DADH de 1948.

Lo señalado precedentemente encuentra su base jurídica en los arts. 53(e), 106, y 145 de la Carta de la OEA, en los arts. 1(1), 1(2)(b), 18 y 20 del Estatuto de la CoIDH,⁷⁹¹ y en los art. 23, 51 y 52 del

⁷⁸⁹) Trinidad y Tobago denunció a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por medio de un comunicado dirigido al Secretario General de la OEA el 26 de mayo de 1998. Igualmente lo hizo Venezuela en el 2012. No obstante, el Presidente Encargado elegido por el Congreso Venezolano, Juan Guaidó, vuelve a depositar el instrumentode ratificación en enero de 2019, entrando en vigencia el 31/07/2019 “con efecto retroactivo al 10/09/2013”.

⁷⁹⁰) Trinidad y Tobago el 26/05/1999; Venezuela el 10/09/2012; República Dominicana el 4/11/2014.

⁷⁹¹) Aprobado mediante la Resolución N° 447 (IX-O/79) adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno

Reglamento de la CoIDH.⁷⁹² Consecuentemente, se podría señalar que este marco de actuación de la CoIDH es el más amplio de todos los previstos por el SIDH en tanto que abarca a todos los Estados Miembros e incluye todos los derechos amparados por la DADH, que como se ha señalado, no sólo recoge derechos civiles y políticos, sino también derechos económicos, sociales y culturales. Como contrapartida, se podría señalar que este procedimiento es asimismo el más “débil” en cuanto a las medidas que efectivamente puede adoptar la CoIDH, así como respecto del derecho aplicable ya que en la DADH los derechos recogidos se encuentran redactados de un modo más bien genérico y con carácter de recomendaciones.

(ii) Respecto de los Estados miembros de la OEA que hayan ratificado o adherido a la CADH, además de las funciones genéricas que le asigna la Carta, la CoIDH tiene funciones específicas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones recogidas en dicho tratado. A modo de ejemplo, la potestad de solicitar a los Estados miembros informes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de la CADH, así como la potestad de recibir peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del tratado por un Estado parte.

Lo señalado precedentemente encuentra su base jurídica en los arts. 53(e), 106, y 145 de la Carta de la OEA, en los arts. 43, 44, 46 de la CADH, en los 1(1), 1(2)(a), en los arts. 18 y 19 del Estatuto de la CoIDH, y en los arts. 23 a 50 del Reglamento de la CoIDH. El marco de actuación de la Comisión en este punto es mucho más riguroso en términos jurídicos, puesto que, si bien se acota la nómina de derechos amparados, en los casos de denuncias entre un particular y un Estado miembro, la CoIDH tienen la potestad de analizar eventualmente si existe incumplimiento de una obligación internacional. Aunque el informe de la CoIDH carezca de fuerza vinculante u obligatoriedad para el Estado condenado, la misma tiene la potestad de remitir la cuestión al órgano jurisdiccional (en el supuesto siguiente) del sistema quien podrá eventualmente condenar al Estado y determinar su responsabilidad internacional.

(iii) Respecto de los Estados miembros de la OEA, y Estados parte de la CADH que hayan declarado que reconocen como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la CteIDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención, la CoIDH tienen la potestad de someter el caso analizado previamente conforme lo señalado en el apartado precedente, al órgano jurisdiccional.

período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, 31/10/1979.

⁷⁹²) Aprobado por la Comisión en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y modificado el 2 de septiembre de 2011 y en su 147º período ordinario de sesiones, celebrado del 8 al 22 de marzo de 2013, para su entrada en vigor el 1º de agosto de 2013.

Lo señalado precedentemente encuentra su base jurídica en los arts. 53(e), 106, y 145 de la Carta de la OEA, en los arts. 43, 44, 46, 51, 61, 62, y 63 de la CADH, en los 1(1), 1(2)(a), en los arts. 18 y 19 del Estatuto de la CoIDH, y en los arts. 23 a 50 del Reglamento de la CoIDH, arts. 1 y 2 del Estatuto de CteIDH.⁷⁹³ El marco de actuación de la CoIDH y de la CteIDH en este punto es de naturaleza jurisdiccional y por ello requiere de aceptación expresa por parte del Estado miembro de la CADH, en tanto que, la CteIDH finalmente emitirá un fallo en el cual determinará la responsabilidad internacional del Estado, pudiendo tomar todas las medidas previstas en el propio tratado, así como aquellas que surgen de las normas de derecho internacional general en materia de responsabilidad del Estado por el hecho internacionalmente ilícito (cfr. arts. 66 a 69 de la CADH).

(iv) Finalmente también correspondería incluir en esta categoría de mecanismos de control lo estipulado por el art. 19 del Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales en cuanto establece que en el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del art. 8 (derechos sindicales) y en el art. 13 (derecho a la educación) fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la CoIDH, y cuando proceda de la CteIDH, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los arts. 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH.

IV.1.b. Procedimiento de reclamaciones interestatales. El marco de mecanismos de control de los instrumentos generales de derechos humanos del SIDH también prevé la posibilidad de un procedimiento de denuncias de violaciones de las normas convencionales entre Estados miembros. Conforme establece el art. 44 de la CADH todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la CoIDH para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en dicha Convención. Es decir, para activar el procedimiento es preciso que tanto el Estado denunciante, como el Estado denunciado hayan aceptado expresamente la competencia de la CoIDH.

El procedimiento es muy similar al establecido para las denuncias individuales, así como los requisitos de admisibilidad (cfr. arts. 46 y 47 CADH).

El mecanismo ha sido escasamente utilizado, ello no solo por lo infrecuente de las denuncias interestatales en materia de derechos humanos, sino también respecto del escaso número de Estados

⁷⁹³) Aprobado mediante Resolución N° 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979.

que han aceptado la competencia del CoIDH.⁷⁹⁴

IV.1.c. Procedimiento de consulta. Finalmente, en el marco de mecanismos de control de los instrumentos generales de derechos humanos del SIDH cabe mencionar el procedimiento de consulta ante la CteIDH de conformidad con lo estipulado en el art. 64 de la CADH. Los Estados Parte y la CoIDH tienen legitimidad para solicitar a la CteIDH su opinión consultiva acerca de la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. Asimismo, y a requerimiento de un Estado Parte, la función consultiva puede radicar en la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

La labor consultiva de la CteIDH ha sido prolífica contando con 25 opiniones consultivas sobre cuestiones tales como reservas, pena de muerte, habeas corpus, derechos del niño, derechos de los migrantes, medio ambiente, identidad de género o asilo.⁷⁹⁵

IV.2. Mecanismos de control de los instrumentos específicos de derechos humanos

Los instrumentos específicos de derechos humanos en el SIDH recogen diversos mecanismos de control según se trata el instrumento en cuestión. Dichos procedimientos incluyen reclamaciones individuales, reclamaciones interestatales, y presentación de informes de Estados Parte.

IV.2.a. Procedimiento de reclamaciones individuales. La *Convención de Belén do Pará* prevé en el art. 12 que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la CoIDH peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del art. 7 (medidas para erradicar la violencia contra la mujer), y la CoIDH las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipuladas en la CADH y en el Estatuto y el Reglamento de la CoIDH.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estipula en el art. 13 que el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la CoIDH en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la CADH, y en los Estatutos y Reglamentos de la CoIDH y de la CteIDH, incluso las normas relativas a medidas

⁷⁹⁴) Tojo, L. & Elizalde, P. (2014), La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, Steiner, C. & Uribe, P. (Eds.), México, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, ps. 774-777.

⁷⁹⁵) En internet http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

cautelares.

Las Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, así como la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, también prevén en el art. 15 la posibilidad de que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la OEA, pueda presentar a la CoIDH peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de disposiciones recogidas en dichos instrumentos por un Estado Parte. Asimismo, el apartado (iii) contempla la posibilidad de que un Estado declare que reconoce la competencia de la CteIDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de los referidos instrumentos. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la CADH, así como el Estatuto y Reglamento de la CteIDH.

Finalmente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores estipula en el art. 36 la posibilidad de que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la OEA, pueda presentar a la CoIDH peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de disposiciones recogidas en dicho tratado, así como la posibilidad de que un Estado declare que reconoce la competencia de la CteIDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de los referidos instrumentos.

IV.2.b. Procedimiento de reclamaciones interestatales. El único instrumento específico de derechos humanos del SIDH que contempla la posibilidad de promover el procedimiento de reclamaciones interestatales es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores conforme lo estipulado en el art. 36, tercer párrafo. En dicho caso, habrán de aplicarse todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la CADH mencionadas anteriormente.

IV.2.c. Procedimiento de informes. El procedimiento de informes periódicos de los Estados parte ante el órgano de control correspondiente se encuentra previsto respecto de los siguientes instrumentos.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura dispone en el art. 17 que los Estados parte se comprometen a informar a la CoIDH acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden que hayan adoptado en la aplicación de dicha Convención.

El Protocolo de San Salvador prevé en su art. 19 incisos 1 y 2 el compromiso de los Estados Parte de confeccionar informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo. Dichos informes serán presentados ante el Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

La Convención de Belén do Pará contempla por ducto de su art. 10, que los Estados Parte presenten informes nacionales ante la Comisión Interamericana de Mujeres, sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer.

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad dispone en el art. 6 que los Estados Parte deberán presentar informes ante el Comité (CEDDIS), en el cual se comprometerán a incluir medidas que los Estados miembros hayan adoptado en la aplicación de dicha Convención y cualquier progreso que hayan realizado los Estados parte en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, así como la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, contemplan en su art. 15, el deber de los Estados Parte de presentar un informe inicial, y luego uno periódico cada cuatro años, el cual deberá contener información en relación con el cumplimiento de las obligaciones contenidas en ambos instrumentos. Dichos informes se deberán presentar por ante el Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, el cual se erige como órgano de control.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, contempla en su art. 35 que los Estados se comprometen a presentar un informe al Comité de Expertos con relación al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Convención.

Sección Tercera. Otros Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos

I. Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos

A diferencia de otras regiones, el continente europeo cuenta con dos marcos regionales con competencia supranacional en materia de derechos humanos, esto es, el Consejo de Europa (COE) y la Unión Europea (UE). El primero de los marcos regionales tiene competencia específica en derechos humanos mientras que en el segundo de ellos, dicha competencia se circunscribe al ámbito específico de las funciones delegadas a la Unión, es decir, respecto de la interpretación e implementación del Derecho Comunitario.

I.1. La Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa (COE)

El COE es una organización internacional regional constituida en virtud del tratado de Londres de 1949 firmado originariamente por diez estados europeos los que en la actualidad ascienden a cuarenta y siete.⁷⁹⁶ Conforme señala el art. 3 cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Con el fin de alcanzar sus objetivos y desplegar adecuadamente sus atribuciones, el COE consta de diversos órganos internos, entre los cuales se encuentra una Asamblea parlamentaria, un Comité de Ministros y una Secretaría General, cuyas funciones se ejercen de manera coordinada, integradas en el seno de una mecánica institucional propia, a través de la cual se conforma, se articula y se aplica la voluntad de la organización. Con el desarrollo institucional, el COE ha ido asumiendo nuevas funciones y facultades principalmente por medio de tratados internacionales, entre los que se destaca la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la creación en virtud de la misma de la Corte Europea de Derechos Humanos.

I.1.a Instrumentos de Derechos Humanos en el marco del COE. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, comúnmente conocido como Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH), fue suscripto el 4 de noviembre de 1950 en Roma y entró en vigor en 1953.⁷⁹⁷ De este modo, el CEDH se constituye como el primer instrumento vinculante

⁷⁹⁶) Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949 por el cual se establece el Estatuto del Consejo de Europa. Los Estados diez signatarios originales fueron: Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Suecia y el Reino Unido. Actualmente a dicha nómina ha de añadirse los siguientes: Grecia, Turquía, Islandia, Alemania, Austria, Chipre, Suiza, Malta, Portugal, España, Liechtenstein, San Marino, Finlandia, Hungría, Polonia, Bulgaria, Estonia, Lituania, Eslovenia, República Checa, Eslovaquia, Rumania, Andorra, Letonia, Albania, Moldavia, Macedonia, Ucrania, Rusia, Croacia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Serbia, Mónaco, y Montenegro.

⁷⁹⁷) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No.005, Rome, 04/11/1950, entrada en vigencia 03/09/1953.

en recoger algunos los derechos amparados en la DUDH.⁷⁹⁸ Desde su adopción el CEDH ha sido enmendado, y ampliado en cuanto a los derechos protegidos, en varias ocasiones por intermedio de sus Protocolos Adicionales.⁷⁹⁹

EL CEDH contiene una serie de derechos y libertades fundamentales tales como el derecho a la vida (art. 2), el derecho a la integridad física y moral (arts. 3 la prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes– y 4 –prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado), el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5), el derecho a la tutela judicial efectiva o a un proceso justo (art. 6) y a un recurso efectivo (art. 13), el derecho a la legalidad penal (art. 7), el derecho a la vida privada y familiar (art. 8), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), la libertad de expresión (art. 10), las libertades de reunión y asociación (art. 11), el derecho a contraer matrimonio (art. 12) y el derecho a la igualdad (art. 14).

Los Protocolos Adicionales del Convenio prevén otros derechos: El Protocolo No 1 el derecho al respeto de la propiedad, el derecho a la educación, y el derecho a elecciones libres por votación secreta; el Protocolo No 4 la prohibición de privación de libertad por incumplimiento de una obligación contractual, libertad de movimiento y elección de residencia, prohibición de expulsión de un ciudadano, y prohibición de expulsión colectiva de extranjeros; el Protocolo No 6 abolición de la pena de muerte; el Protocolo No 7 el derecho a garantías procesales en caso de expulsión de un extranjero del territorio de un Estado; el derecho de una persona condenada a revisar la sentencia o pena por una jurisdicción superior; el derecho a indemnización en caso de error judicial; el derecho al "*ne bis in idem*"; y la igualdad de derechos y responsabilidades de los cónyuges; el Protocolo No 12 amplía el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación; y el Protocolo No 13 sobre la prohibición de pena de muerte ante cualquier tipo de delito.

Las Partes Contratantes se comprometen a reconocer todos estos derechos a todas las personas que caen dentro de su jurisdicción, dotando a la CEDH del marco normativo vinculante más amplio de

⁷⁹⁸) El texto convencional de 1950 está compuesto por un Preámbulo y 59 arts., de modo que el Título I ("Derechos y libertades") conforma la parte dogmática (arts. 2 a 18), mientras el Título II ("Tribunal Europeo de Derechos Humanos") configura la parte orgánica (arts. 19 a 51). Jimena Quesada, L. (2017) Sistema europeo de derechos humanos, Universidad Nacional de la Plata (<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/sistema-europeo-de-derechos-humanos.pdf>).

⁷⁹⁹) Protocolo No 1, ETS No. 009 (firma 20/03/1952 – entrada en vigor 18/05/1954); Protocolo No. 2, ETS No. 044, (06/05/1963 - 21/09/1970); Protocolo No. 3, ETS No. 045 (06/05/1963- 21/09/1970); Protocolo No. 4, ETS No. 046 (16/09/1963 - 02/05/1968); Protocolo No. 5, ETS No. 055 (20/01/1966 - 20/12/1971); Protocolo No. 6, ETS No. 114 (28/04/1983 - 01/03/1985); Protocolo No. 7, ETS No. 117 (22/11/1984 - 01/11/1988); Protocolo No. 8, ETS No. 18 (19/03/1985 - 01/01/1990); Protocolo No. 9, ETS No. 140 (06/11/1990 - 01/10/1994); Protocolo No. 10, ETS No. 146 (25/03/1992); Protocolo No. 11, ETS No. 155 (11/05/1994 - 01/11/1998); Protocolo No. 12, ETS No. 177 (04/11/2000 - 01/04/2005); Protocolo No. 13, ETS No. 187 (03/05/2002 - 01/07/2003); Protocolo No. 14, ETS No. 194 (13/05/2004 - 01/06/2010); Protocolo No. 14bis, ETS No. 204 (27/05/2009- 01/10/2009); Protocolo No. 15, ETS No. 213 (24/06/2013); Protocolo No. 16, ETS No. 214 (02/10/2013 – 01/08/2018).

todos los sistemas regionales. Ello viene reforzado por el denominado principio de indivisibilidad en virtud del cual todo Estado que sea parte del COE debe necesariamente ser parte del CEDH.

Asimismo, también forma parte del marco general de protección la denominada Carta Social Europea (CSE) de 1961 la cual constituyó un verdadero Pacto Europeo de la democracia social, en tanto que aborda derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁰⁰ La CSE también fue objeto de modificaciones en cuanto a su redacción original tanto por medio de los Protocolos Adicionales,⁸⁰¹ como por medio de una revisión integral de la misma en 1996 (Carta Social Europea Revisada CSER).⁸⁰²

En lo que respecta al reconocimiento de derechos, la CSE de 1961 aborda los derechos laborales (arts. 1 a 8), el derecho a la formación y orientación profesional (arts. 9 y 10), el derecho a la salud y a la protección social (arts. 11 a 14), la protección de las personas con discapacidad (art. 15), el derecho de familia (arts. 16 y 17), y el derecho de trabajadores migrantes (arts. 18 y 19).

Por su parte el Protocolo Adicional de 1988 extiende la protección de los derechos sociales y económicos garantizados por la CSE, y en particular: el derecho de los trabajadores a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, sin discriminación por razón de sexo; el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados dentro de la empresa; el derecho de los trabajadores a participar en la determinación y mejora del trabajo y el lugar de trabajo; y el derecho de las personas mayores a la protección social.

Finalmente, la CSER recoge de forma comprensiva y actualizada los derechos reconocidos en la CSE y el Protocolo de 1988, a la cual añade nuevos derechos tales como el derecho a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario (art. 25), el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26), derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 27), derechos de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28), derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29), derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30), y el derecho a la vivienda (art. 31).

I.1.b Órganos y mecanismos de control en el marco del COE. El marco del COE prevé diferentes órganos y procedimiento de control con el fin de garantizar el cumplimiento de los

⁸⁰⁰) European Social Charter, ETS No.035, Turin, 18/10/1961, entry into force 26/02/1965.

⁸⁰¹) Additional Protocol to the European Social Charter, ETS No.128, Strasbourg, 05/05/1988 - entry into force 04/09/1992; Protocol amending the European Social Charter, ETS No.142, Turin, 21/10/1991; Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Strasbourg, 09/11/1995 - entry into force 01/07/1998.

⁸⁰²) European Social Charter (revised), ETS No.163, Strasbourg, 03/05/1996, entry into force 01/07/1999.

compromisos asumidos por las Partes Contratantes.

En su génesis el COE estableció un sistema de control cuyas funciones eran compartidas por tres instituciones, esto es, la Comisión Europea de Derechos Humanos instituida en 1954, la Corte Europea de Derechos Humanos (CteEDH) instituida en 1959, y el Comité de Ministros creado por el Estatuto del COE.

El desarrollo normativo y la adhesión de nuevos Estados al CEDH hicieron necesario reestructurar y simplificar el mecanismo previsto por el instrumento de 1950. En virtud del Protocolo No. 11 de 1994, que enmienda la parte orgánica del CEDH, se elimina la Comisión y se establece un procedimiento jurisdiccional donde la CteEDH es el único órgano competente para decidir si se han violado los derechos reconocidos en el sistema del CEDH y sus Protocolos.⁸⁰³

El nuevo esquema jurisdiccional previsto por el Protocolo No. 11 crea una suerte de “Gran Corte Europea” de carácter permanente (art. 19), compuesta por un número de jueces igual a los Estados Partes (art. 20), elegidos a título personal por un período de 6 años (arts. 21 a 23) y dividida en diferentes Comités y Salas (art. 27). La CteEDH tiene su sede en Estrasburgo, Francia.

Conforme dispone el art. 32 la competencia de la CteEDH se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los arts. 33 (asuntos entre Estados), 34 (demandas individuales) y 47 (opiniones consultivas).

Como hecho particular del mecanismo jurisdiccional del COE ante el CteEDH ha de señalarse que toda persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por un Estado Parte, puede acceder directamente a dicho órgano, sin más requisito que el agotamiento de las instancias internas (art. 35). En otras palabras, el CEDH articula un mecanismo de reclamación jurisdiccional subsidiario de acceso directo al individuo dotándolo de este modo de subjetividad internacional. Esta particularidad ha llevado a la actual CteEDH a convertirse en una especie de Corte Supranacional de Casación de las máximas instancias jurisdiccionales domésticas, las cuales siguen manteniendo el deber principal de resolver previamente las denuncias de vulneraciones del CEDH a nivel interno.

Declarada admisible una demanda, la CteEDH procede al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes, y si fuera necesario, llevará a cabo una investigación para lo cual los Estados Partes están obligados a proporcionar todas las facilidades necesarias. Asimismo, la CteEDH se pondrá a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso

⁸⁰³) Bou Franch, V. & Castillo Daudí, M. (2010). Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2ª Edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, p.136.

(art. 38).

El procedimiento culmina con la sentencia la cual debe ser motivada y tiene fuerza obligatoria respecto de los Estados Parte de la CEDH. El art. 43 prevé una instancia de revisión extraordinaria al señalar que, en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. Con una composición de cinco jueces, la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general.

En cuanto a la función consultiva, el art. 47 establece que la CteEDH podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus Protocolos, ni a las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio.

El Comité de Ministros del COE sigue manteniendo funciones relevantes en el mecanismo de control del CEDH y sus Protocolos. En primer lugar, conforme se ha visto, el Comité de Ministros puede solicitar a la CteEDH emitir opiniones consultivas. En segundo lugar, también tiene el poder de pedirle a la Corte que interprete una sentencia. Y, en tercer lugar, le corresponde a este órgano velar por la ejecución de las sentencias definitivas emanadas de la CteEDH.

Por su parte, el marco normativo de la CSE, sus Protocolos y la CSER quedan fuera de la competencia jurisdiccional y consultiva de la CteEDH y se encuentran regulados por un mecanismo de control propio.

La CSE establece un sistema de control muy similar al establecido por los Comité de tratados en el sistema universal, es decir, la creación de un Comité de Expertos (actualmente denominado [Comité Europeo de Derechos Sociales](#)) y la presentación y evaluación de informes de cumplimiento. La CSE requiere la presentación de dos tipos de informes, esto es, un informe bienal sobre la aplicación de las disposiciones de la Parte II de la Carta que aquellas hubieren aceptado (art. 21), y en intervalos apropiados y a petición del Comité de Ministros, informes sobre las disposiciones de la Parte II de la Carta, que aquellas no hubieren aceptado en el momento de su ratificación o aprobación, o en una notificación posterior (art. 22). Los informes presentados al Secretario General en aplicación de los arts. 21 y 22 serán examinados por un Comité de expertos el cual emitirá una

serie de conclusiones (art. 25), siendo posteriormente examinado por el Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa (art. 27).

La CSER reproduce en lo pertinente el mecanismo de informes articulado por la CSE y por el Protocolo de Turín de 1991 al cual añade un mecanismo de reclamaciones colectivas introducido previamente por el Protocolo de Estrasburgo de 1995 conforme lo dispone la parte D del instrumento revisado en 1996. El mencionado mecanismo permite a organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores, a organizaciones internacionales no gubernamentales, y a organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores, a presentar reclamaciones en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la Carta. La reclamación es examinada con intervención de partes por el Comité Europeo de Derechos Sociales y elaborará un informe en el que expondrá las medidas adoptadas para examinar la reclamación y presentará sus conclusiones sobre si la Parte Contratante afectada ha garantizado o no la aplicación satisfactoria de la disposición de la Carta a que se refiere la reclamación.

I.2. La Protección de los derechos humanos en la Unión Europea (UE)

La Unión Europea se originó como un acuerdo internacional de integración económica entre Estados el cual paulatinamente fue ampliando su objeto y composición. Por dicho motivo, los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas no hacían mención expresa de los derechos humanos. A pesar de ello, a partir de los años setenta, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea inició un proceso evolutivo laborioso y prudente, que constituye una auténtica construcción pretoriana de protección de los derechos humanos.⁸⁰⁴

La inclusión de aspectos normativos relacionados con los derechos humanos en los diferentes instrumentos constitutivos de la UE también fue progresiva. El Tratado de Maastricht incluyó una referencia a la CEDH y a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros como principios generales del Derecho de la Unión, mientras que el Tratado de Amsterdam confirmó los principios europeos en los que se basa la Unión y creó un procedimiento para suspender los derechos previstos por los Tratados en caso de violación grave y persistente de los derechos fundamentales por parte de un Estado miembro. La redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales y su entrada en vigor junto con el Tratado de Lisboa son las últimas novedades en este proceso de codificación destinado a garantizar la protección de los derechos fundamentales.

⁸⁰⁴) Bou Franch, op. cit. ps. 159-160.

1.2.a. La positivización de los derechos humanos en la UE. Más allá de la inclusión y el reconocimiento de los derechos humanos como un valor y un objetivo fundamental, la UE también ha logrado incorporar al Derecho Comunitario obligaciones específicas y vinculantes en materia de derechos humanos.

La primera fuente de positivización de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos la encontramos en la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.⁸⁰⁵ Si bien se trata de un instrumento de derecho derivado, es decir, de base no convencional sino de derecho comunitario, la Carta recoge de forma clara y detallada los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Carta aborda no solo derechos civiles y políticos, sino también derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁰⁶ En cuanto al ámbito de aplicación (art. 51) las disposiciones de la Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la UE, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la UE.

La segunda fuente de positivización la encontramos en la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Dado que

⁸⁰⁵) Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2000/C 364/01 (18.12.2000).

⁸⁰⁶) El título I aborda el valor dignidad y reconoce el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad personal, la prohibición de tortura y a la esclavitud y trabajos forzados (art. 1 a 5). El título II aborda el valor libertad y reconoce el derecho general a la libertad y seguridad personal, el respeto a la vida privada y familiar, la protección de datos personales, el derecho al matrimonio y a fundar una familia, la libertad de religión y pensamiento, la libertad de expresión y de información, la libertad de reunión y asociación, la libertad de las artes y de las ciencias, el derecho a la educación, la libertad profesional y el derecho a trabajar, la libertad de empresa, el derecho a la propiedad, el derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión o extradición (arts. 6 a 19), el título III aborda el valor igualdad y reconoce el derecho de igualdad ante la ley, la no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre hombre y mujeres, los derechos del niño, los derechos de las personas mayores y los derechos de las personas con discapacidad (arts. 20 a 26), el título IV aborda el valor solidaridad y reconoce el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho de negociación y de acción colectiva, el derecho de acceso a servicios de colocación, protección contra despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición de trabajo infantil, derecho a la vida familiar y vida profesional, derecho a la seguridad social, protección de la salud, acceso a servicios de interés económico general, protección del medio ambiente, y protección de los consumidores (arts. 27 a 38), el título V aborda el valor ciudadanía y reconoce el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, derecho a reclamar ante el defensor del pueblo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, y protección diplomática y consultar (arts. 39 a 46), el título VI aborda el valor justicia y reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, derecho a la presunción de inocencia y derechos de la defensa, el principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (arts. 47 a 50).

el CEDH es el principal instrumento de protección de los derechos fundamentales en Europa, del que son signatarios todos los Estados miembros, la adhesión de la Comunidad Europea (CE) al CEDH parecía la manera lógica de dar respuesta a la necesidad de vincularla a obligaciones relacionadas con los derechos fundamentales.

La entrada en vigor el 01/06/2010, del Protocolo 14 del CEDH que permite no solo a los Estados sino también a las organizaciones internacionales, como la UE, convertirse en signatarios del Convenio, abrió el camino de la adhesión de la Unión a dicho tratado.

El Tratado de Lisboa⁸⁰⁷ firmado en 2007 y cuya entrada en vigor operó en 2009, incorporó a nivel convencional estatutario las dos fuentes de positivización a través del art. 6 del TUE el cual queda redactado del siguiente modo: (i) La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. (ii) La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. (iii) Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

I.2.b. Los mecanismos de control en materia de derechos humanos en la UE. El derecho de la UE no contempla un órgano específico ni tampoco un procedimiento jurisdiccional con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos. El Tribunal de Justicia de la UE sigue siendo un organismo jurisdiccional con competencia en derechos humanos, aunque cabe aclarar que la misma se produce en conexión con el proceso de aplicación e interpretación del Derecho Comunitario.

⁸⁰⁷) Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13/12/2007, Diario Oficial de la Unión Europea, 2007/C 306/01 (17/12/2007).

Asimismo, cabría mencionar como una especie de procedimiento de control en materia de derechos humanos el mecanismo previsto en el art. 7 del TUE el cual tiene como objetivo exigir como requisito de pertenencia y permanencia el respeto de los derechos humanos por los Estados Miembros.

El primer inciso del art. 7 recoge el mecanismo preventivo señalando que, a propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el art. 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oirá al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones.

El segundo inciso del art. 7 recoge el mecanismo de actuación a posteriori, señalando que el Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el art. 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

En cuanto a los efectos, el tercer inciso señala que cuando se haya efectuado la constatación, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo.

II. Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos

La protección de los derechos humanos en el continente africano se desarrolló orgánica y normativamente en el marco de una organización intergubernamental conocida como [Unión Africana](#) (UA) creada en 2001 para reemplazar a la Organización para la Unión Africana (OUA). La UA congrega un total de 55 Estados Miembros y tiene su sede en Adís Abeba, Etiopía.

El Acta Fundacional⁸⁰⁸ señala entre sus objetivos constitutivos el “Promover y proteger los derechos del hombre y de los pueblos de conformidad con la Carta africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos y con los otros instrumentos pertinentes relativos a los derechos del hombre” (art. 3.h).

II.1. Instrumentos de Derechos Humanos en el marco de la UA

El principal instrumento regional de derechos humanos en África es la Carta Africana de Derechos

⁸⁰⁸) Constitutive Act of the African Union, 11/06/2000, Lome, Togo.

Humanos y de los Pueblos (1981), también llamada “Carta de Banjul”, en vigor desde 1986.⁸⁰⁹

La Carta Africana incorpora normas y principios universales de derechos humanos, pero también refleja las virtudes y los valores de las tradiciones africanas. Así, la Carta Africana se caracteriza por el concepto de relación recíproca entre el individuo y la comunidad, vinculando derechos individuales y colectivos.

La Carta Africana se distingue de otros instrumentos regionales por tres características particulares, Primero en cuanto recepta tanto derechos civiles como derechos sociales, segundo por cuanto aborda tanto los derechos de las personas como los derechos de los pueblos, y tercero, porque no solo reconoce derechos, sino también deberes.

En cuanto a los derechos, la Carta Africana recoge en sus dos primeros artículos obligaciones generales tales como el derecho de respeto de los derechos reconocidos y deber de adoptar medidas (art. 1) y la obligación general de no discriminar (art. 2). En relación con las obligaciones específicas y los derechos particulares la Carta reconoce el derecho a la igualdad ante la ley (art. 3), a la vida y la integridad personal (art. 4), protección contra toda forma de explotación y tortura (art. 5), libertad y seguridad personal (art. 6), a la tutela judicial efectiva (art. 7), libertad de conciencia y religión (art. 8), libertad de opinión y acceso a la información (art. 9), libertad de asociación (art. 10), libertad de reunión (art. 11), libertad de tránsito y residencia, incluido el derecho de asilo (art. 12), derecho a la participación política tanto activa como pasiva (art. 13), derecho a la propiedad (art. 14), derecho al trabajo (art. 15), derecho a la salud (art. 16), derecho a la educación (art. 17), y protección de la familia y la vida familiar (art. 18).

En cuanto a los derechos colectivos, la Carta Africana declara el principio de igualdad entre los pueblos (art. 19), el derecho de éstos a la existencia y a la autodeterminación (art. 20), el derecho de los pueblos de disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (art. 21), el derecho de los pueblos al desarrollo económico, social y cultural (art. 22), y a la paz y seguridad nacionales (art. 23), el derecho de los pueblos a un entorno general favorable (art. 24), el deber de los Estados de educar en derechos humanos (art. 25), y el deber de los Estados de garantizar la independencia de los tribunales (art. 26).

Finalmente, en lo que respecta a los deberes de los particulares la Carta señala que todo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para con la comunidad internacional (art. 27), el deber de todo individuo de respetar y no discriminar (art. 28), y finalmente una cláusula general que recoge una serie de

⁸⁰⁹) African Charter on Human and Peoples' Rights. Adopción: 01/06/1981. Vigencia: 21/10/1986.

deberes individuales tales como contribuir al desarrollo familiar, trabajar y pagar impuestos, y promover la unión Africana (art. 29).

II.2. Órganos y mecanismos de control en el marco de la UA

La Carta Africana estableció una [Comisión Africana de Derechos Humanos](#), ubicada en Banjul, Gambia. Se trata de un órgano cuasi judicial compuesto por once expertos independientes encargados de promover y proteger los derechos humanos y los derechos colectivos (de los pueblos) en todo el continente africano (recibiendo informes periódicos de los Estados Partes sobre la aplicación de las disposiciones de la Carta), así como de interpretar la Carta Africana y considerar aquellas quejas interestatales (art. 47) e individuales (art. 55) de violaciones de la Carta.

La [Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos](#) se creó en 2004 tras la entrada en vigor de un Protocolo de la Carta Africana sobre el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.⁸¹⁰

La Corte tiene jurisdicción sobre todos los casos y controversias que se le presenten en relación con la interpretación y aplicación de la Carta Africana, el Protocolo y cualquier otro instrumento de derechos humanos ratificado por los Estados interesados.⁸¹¹ Los individuos no tienen legitimación para presentar una denuncia, aunque se permite hacerlo a las ONGs que tengan estatus de observadoras ante la Comisión.

⁸¹⁰) Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, Burkina Faso, Date of Adoption: June 10, 1998. Date entry into force: January 25, 2004.

⁸¹¹) Tan solo 9 de los 30 Estados miembros del Protocolo Adicional de 1998 han aceptado la competencia de la Corte.

.....

La situación actual de los derechos sociales en Europa

Luis JIMENA QUESADA⁸¹²

I. Algunas premisas, casi innecesarias, sobre los derechos sociales y sobre Europa en el contexto actual

De entrada, con respecto a la concepción sobre los derechos sociales, da la impresión de que se han ido imponiendo paulatinamente consideraciones que guardan conexión con enfoques académico-universitarios erróneos y acomodaticios, los cuales desafortunadamente se han proyectado en la praxis política, económica y social. Esa concepción (y, sobre todo, en lo atinente a los derechos sociales más estrechamente conectados con la defensa de las personas vulnerables y, por tanto, con el núcleo de la dignidad humana) ha transitado desde una clásica catalogación como acción de caridad hasta una más moderna y peyorativa etiqueta de acción “indignada” de índole “ONG”, para ser despreciada desde la “ciencia jurídica” más ilustre.

La crisis económica y financiera de los últimos años parece haber contribuido a ese tránsito plagado de despropósitos. Parece, correlativamente, que hemos salido asimismo del letargo, superándose incluso un cierto sentimiento de inferioridad en quienes han pretendido abordar desde un enfoque jurídico la defensa de las personas que se encuentran en situación precaria, para evitar que realmente la idea de “derechos de los pobres, pobres derechos” sea secundada en paralelo por la

⁸¹²) Ex Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia, España.

idea de “derechos de los pobres, pobres juristas”. Son más bien aquellos que rechazan o desprecian ese enfoque jurídico de derechos humanos quienes deben experimentar ese complejo de inferioridad al hacer gala de una ciega sofisticación acompañada de la inequidad de su argumentación jurídica, de su discurso político, de su estrategia económica o de su acción social.

Con estas premisas, cabe criticar dos enfoques, los cuales pese a todo han estado y siguen estando arraigados en las contribuciones (incluidas las universitarias) que se han ocupado de los instrumentos jurídicos que garantizan derechos sociales, a saber: de un lado, el teórico exclusivo mayor coste de los derechos sociales; y, de otro lado, la supuesta alergia de los derechos sociales a su justiciabilidad y articulación jurídica inmediatas.

Ambos enfoques constituyen auténticas falacias, puestas de manifiesto de manera más ostensible por la crisis económica y financiera, puesto que:

(i) por una parte, ¿acaso no tiene coste económico alguno el ejercicio del derecho de manifestación, la satisfacción del derecho a un proceso justo o la financiación de una campaña electoral para la puesta en práctica del derecho de sufragio?; ¿acaso no debe realizarse un informe de “factibilidad” o impacto económico (*ex ante* y *ex post facto*) para la vigencia de cualquier norma jurídica, que afecte a derechos cívico-políticos o a derechos socio-económicos?

(ii) Y, por otra parte, la problemática de la justiciabilidad inmediata afecta no sólo a los derechos sociales, sino también a los derechos civiles: piénsese en las “sentencias-piloto” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a un proceso equitativo y los prolongados plazos de resolución (por ejemplo, contra Polonia y contra Italia), que no pueden ser ejecutadas inmediatamente, dado que responden a fallos materiales y estructurales (sistémicos) del sistema judicial que precisan de una intensa reorganización y de un considerable flujo de recursos.

En estas coordenadas, los informes anuales del Comité de Ministros del Consejo de Europa (institución encargada de velar por la ejecución tanto de las sentencias del TEDH como de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales -CEDS-) sobre la supervisión de las sentencias del TEDH ilustran perfectamente las dos críticas efectuadas⁸¹³:

(i) Una, la cuantificación en millones de euros de la ejecución de las sentencias del TEDH (de los derechos civiles y políticos), para lo cual incluso se cuenta con un Fondo Fiduciario en el Consejo de Europa destinado a ayudar a los países condenados que tengan dificultades en hacer frente a esa

⁸¹³ Acúdase al Informe anual del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la supervisión de la ejecución de las sentencias y decisiones del TEDH. Véase el último informe publicado (12^o), correspondiente a 2018, en: <https://rm.coe.int/annual-report-2018/168093f3da>.

ejecución⁸¹⁴.

(ii) La otra, que la justiciabilidad no es tan inmediata si se pone el acento en las numerosas sentencias que están pendientes de ejecución, una ejecución que a lo peor tardará muchos años o no llegará nunca. Por todo ello, resulta preferible hablar de “efectividad” de derechos (sean cívico-políticos, sean socio-económicos) antes que de su “justiciabilidad”. Y, a este respecto, sería muy sencillo encontrar ejemplos de sentencias del TEDH que han contado con verdaderos problemas de ejecución, hasta demorarse más de una década⁸¹⁵ y, diversamente, decisiones del CEDS que se han ejecutado al cabo de pocos meses por las distintas autoridades públicas (*infra*) o atendidas incluso por el Estado demandado durante la sustanciación del caso⁸¹⁶.

En estas condiciones, la pretendida sofisticación jurídica basada en esos enfoques, sesgados, se torna en un raquítico testimonio, puesto que desconoce el potencial protector de los instrumentos jurídicos de garantía de los derechos sociales. Por otro lado, no podemos reconducir la “idea de Europa” exclusivamente a la Unión Europea (UE) desconociendo la tarea desempeñada por la organización paneuropea por excelencia que es el Consejo de Europa. En efecto, tanto se ha puesto el énfasis en la UE y en la prevalencia y fortaleza de sus objetivos de integración económica (frente a los más débiles designios políticos y relegados objetivos sociales), que la crisis económica ha comportado lógicamente atacar ese pilar (económico) teóricamente más sólido arrastrando a su vez a los otros puntales (político y social) supuestamente más endebles.

De esta manera, en el plano político e institucional, las acciones asimétricas del Banco Central Europeo (institución europea que encarnaría las esperanzas de los federalistas... si no fuera porque dicha institución no emana del *demos* europeo ni queda sometida a un claro control democrático) y de la Troika (órgano de difícil catalogación -compuesto por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional-, lo mismo que sus actos) han sido duramente criticadas en el seno de la propia UE (por ej., por el Parlamento Europeo, *infra*); y en el terreno

⁸¹⁴) Por su lado, desde fechas recientes, el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa decidió dar soporte a las obligaciones derivadas de la Carta Social Europea (CSE) y el cumplimiento de las decisiones del CEDS: a título de ejemplo, en la sesión de 28 de septiembre de 2018 de su consejo de administración aprobó la financiación de proyectos sociales en tal sentido. Más información en la web del Banco: <https://coebank.org/>.

⁸¹⁵) Por ejemplo, Sentencia del TEDH de 13 de junio de 1979, caso *Marckx c. Bélgica*: el Gobierno belga tardó once años en modificar la legislación civil que discriminaba a los hijos extramatrimoniales en cuanto a derechos sucesorios (véase a este respecto la sentencia de la propia Corte de Estrasburgo dictada el 29/11/1991 en el caso *Vermeire c. Bélgica*).

⁸¹⁶) En el curso de la sustanciación de las Reclamaciones nº 33/2006 (Movimiento Internacional ATD-Cuarto Mundo c. Francia) y 39/2006 (FEANTSA c. Francia), el propio CEDS tomó nota en sendas Decisiones de fondo de 5 de diciembre de 2007 (§54 y §53, respectivamente) de la nueva Ley francesa nº 2007-290 de 5 de marzo de 2007 sobre el derecho a la vivienda (Loi nº 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit opposable au logement).

social, las medidas de austeridad por ellos propugnadas han sido igualmente declaradas contrarias al *acervo social europeo* desde el Consejo de Europa (por ej., por el CEDS, *infra*).

La crisis de los últimos años, consiguientemente, debe enfocarse en sus *justos* términos económicos y, consecuentemente, de manera coyuntural, susceptible de ser superada cíclicamente con otras recetas económicas. Semejante crisis económica no debe arrastrarnos a una crisis cultural o de valores (recuérdese que el Jean Monnet de los últimos días se cuestionó si no habría sido mejor empezar por la construcción cultural de Europa antes de dotarla de vestes económicas), especialmente del acervo común forjado durante décadas a través de instrumentos como la Carta Social Europea (CSE), concebida como “Pacto europeo de democracia socio-económica” indisociable y complementario del “Pacto europeo de democracia cívico-política” que es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), asumidos ambos como fuente para la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) y el diseño del más reciente “Pilar Europeo de Derechos Sociales” en el seno de la propia UE.

II. Apuestas actuales del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales

II.1. Sobre el CEDH y la jurisprudencia social del TEDH

Si se comparan los dos tratados más emblemáticos del Consejo de Europa (CEDH y CSE), se comprobará que existen inadmisibles asimetrías incompatibles con el principio de indivisibilidad, tanto en el plano del reconocimiento de los derechos como en el ámbito de las garantías respectivas: en particular, aceptación del conjunto de disposiciones en el CEDH *versus* sistema de aceptación parcial “a la carta” en la CSE y la convivencia de la CSE de 1961 (con su Protocolo de 1988) junto a la CSE revisada de 1996; así como la aceptación obligatoria del derecho de recurso individual ante el TEDH *versus* aceptación facultativa del procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS instituido mediante el Protocolo de 1995.

De hecho, una de las causas de esos desacertados enfoques que han acometido la protección de los derechos sociales radica indudablemente en haber asumido de manera hipócrita el discurso acerca de la indivisibilidad de todos los derechos humanos. No es necesario seguir reconfortándonos permanentemente en recordar pronunciamientos como la sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979 del TEDH para constatar la evidencia de no poder establecer divisiones tajantes o compartimentos estancos entre derechos cívico-políticos y derechos socio-económicos: la prohibición del trabajo forzado, la libertad sindical o la educación ofrecen meridianos ejemplos de

derechos reconocidos al mismo tiempo tanto en el CEDH como en la CSE.

Por supuesto, la jurisprudencia “social” del TEDH es sobresaliente. Dicho lo cual, debe advertirse: por una parte, que la demanda individual ante el TEDH presenta la enorme dificultad del agotamiento de los recursos judiciales nacionales, tras lo cual (un verdadero “peregrinaje” judicial en la mayoría de casos) más del noventa y cinco por ciento de los casos resultan inadmitidos; y, por otra parte, que el CEDH fue diseñado preferentemente como un instrumento de derechos civiles y políticos, de suerte que los perfiles jurisprudenciales básicos del TEDH en materia de derechos sociales (al margen de derechos mixtos como los mencionados, de sindicación, de educación, o la prohibición del trabajo forzoso) han aflorado con apoyo en distintos métodos o técnicas de interpretación, entre ellos:

(i) en primer lugar, el principio de indivisibilidad desde la citada STEDH *Airey c. Irlanda* de 1979⁸¹⁷, que sin embargo ha conocido fluctuaciones ulteriores “a la baja”: en particular, en contraste con la STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997, se ha criticado que con la STEDH *N. c. Reino Unido* de 27 mayo de 2008 (no violación del art. 3 CEDH en relación con la expulsión de una persona extranjera enferma de SIDA hacia su país de origen, en donde carecería de acceso a medicamentos adaptados y vería reducida ineluctablemente su esperanza de vida) el principio de indivisibilidad habría perdido mucha fuerza, sacrificándose las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados para realizar los derechos sociales elementales con objeto de evitar cargas financieras⁸¹⁸;

(ii) el segundo método interpretativo ha tenido como soporte el *principio de no discriminación* reconocido en el art. 14 CEDH, que ha desempeñado una función *permeabilizadora* del tratado europeo a los derechos sociales merced a la combinación de dicho precepto con otras disposiciones convencionales. En esta línea, con anterioridad al asunto *Airey*, la STEDH *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979 declaró contraria al texto convencional la desigualdad (art. 14 CEDH, combinado con art. 8 CEDH) sufrida por razón de nacimiento (exclusión de hijos extramatrimoniales) en el acceso a los derechos sucesorios (art. 1 del Protocolo n° 1, relativo al derecho de propiedad). El juego de esa combinación con la cláusula de igualdad ha girado en torno a la obtención de prestaciones sociales con apoyo en el mencionado art. 1 del Protocolo n° 1: como

⁸¹⁷) Esa misma técnica extensiva guió la adopción de la STEDH *Annoni de Boussola c. Francia* de 14 de noviembre de 2000, que reprochó los obstáculos financieros impuestos a los demandantes para tener acceso a la vía casacional en el orden interno.

⁸¹⁸) De hecho, se produciría una quiebra de la filosofía de la STEDH *Airey* de 1979, al sostenerse en la STEDH *N. de 2008* que “si bien numerosos derechos que enuncia tienen prolongaciones o implicaciones de orden económico y social, el Convenio apunta esencialmente a proteger derechos civiles y políticos” (para. 44).

ejemplos, vale la pena traer a colación la STEDH *Andrejeva c. Letonia* de 18 de febrero de 2009 (sobre cálculo a efectos de pensión de jubilación de los años trabajados y cotizados antes de 1991 cuando Letonia pertenecía a la antigua Unión Soviética) o la STEDH *Muñoz Díaz c. España* de 8 de diciembre de 2009 (sobre reconocimiento de pensión de viudedad a mujer de etnia gitana que contrajo matrimonio por el rito gitano). Todo lo anterior sin perjuicio del potencial impacto (de momento, poco significativo cualitativa y cuantitativamente) del Protocolo n° 12 sobre la prohibición general de discriminación⁸¹⁹;

(iii) la tercera técnica interpretativa ha consistido en aprovechar el impacto social y laboral de otras cláusulas convencionales: así, el derecho a un proceso equitativo del art. 6 CEDH ha facilitado la justiciabilidad de otro tipo de prestaciones sociales (contributivas en las SSTEDH *Feldbrugge c. Países Bajos y Deumeland c. Alemania*, ambos de 29 de mayo de 1986, o *Schuler-Zraggen c. Suiza* de 24 de junio de 1993; y no contributivas desde la STEDH *Salesi c. Italia* de 26 de febrero de 1993), así como de derechos laborales (p.e. STEDH *Delgado c. Francia* de 14 de noviembre de 2000, sobre plazo excesivo de un proceso de despido de un trabajador)⁸²⁰; o, más recientemente, el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH ha propiciado la protección del derecho de la persona trabajadora a sus datos personales frente a intromisiones desproporcionadas de control y vigilancia electrónica por el empleador en el lugar de trabajo (STEDH *Bărbulescu c. Rumania* de 5 de septiembre de 2017);

(iv) y, en cuarto lugar, cabe destacar la técnica de *conexión de derechos o vía indirecta de protección*, según la cual el Tribunal de Estrasburgo ha revelado interesantes dotes de audacia hermenéutica dando entrada a situaciones o derechos no cubiertos expresamente por el texto convencional (sobre todo a través de los arts. 3 y 8 CEDH), como el medio ambiente (SSTEDH *López Ostra c. España* de 9 de diciembre de 1994 sobre olores y *Moreno Gómez c. España* de 16 de noviembre de 2004 sobre contaminación acústica) o la protección social de personas en situación vulnerable como extranjeros afectados por órdenes de expulsión que agravarían y acelerarían su estado terminal de salud (STEDH *D. c. Reino Unido* de 2 de mayo de 1997), segregación escolar de los niños pertenecientes a minorías gitanas (STEDH *D.H. y otros c. República checa* de 13 de

⁸¹⁹) La referencia en este terreno viene constituida por la STEDH *Sejdić et Finci c. Bosnia-Herzegovina* de 22 de diciembre de 2009.

⁸²⁰) Otros ejemplos controvertidos de despido han sido analizados en Estrasburgo: STEDH *Pay c. Reino Unido* de 16 de septiembre de 2008 (violación del art. 8 CEDH por despido de un trabajador que practicaba el sadomasoquismo, asimilado en el supuesto de autos a la homosexualidad); STEDH *Fuentes Bobo c. España* de 29 de febrero de 2000 (violación del art. 10 CEDH por despido de un periodista a causa de sus críticas a su empresa informativa, en nombre de la libertad de expresión). Por otro lado, el art. 8 CEDH se ha mostrado idóneo para proteger la intimidad de los asalariados, resultando desproporcionado un seguimiento estrecho y sin previo aviso del acceso de aquéllos durante su trabajo al teléfono, al correo electrónico y a Internet (STEDH *Copland c. Reino Unido* de 3 de abril de 2007).

noviembre de 2007), mujeres extranjeras sometidas a esclavitud moderna o doméstica (STEDH *Siliadin c. Francia* de 26 de julio de 2005), casos de violencia doméstica en perjuicio de menores (STEDH *Z y otros c. Reino Unido* de 10 de mayo de 2001), supuestos de violencia de género (STEDH *Opuz c. Turquía*, de 9 de septiembre de 2009) o situaciones de jóvenes migrantes víctimas de trabajo forzado y trata de seres humanos (STEDH *Chowdury y otros c. Grecia* de 30 de marzo de 2017).

Ahora bien, tampoco conviene exagerar el potencial “social” del TEDH, so pena de caer en cierto desencanto. Así, sin descartar nuevos desarrollos (como la STEDH *Winterstein y otros c. Francia* de 17 de octubre de 2013, en la que concluyó una violación del art. 8 CEDH por las condiciones de desalojo de los demandantes -de las caravanas que servían de vivienda y expresaban su modo de vida- y los obstáculos al correspondiente realojo), es evidente que:

(i) en materia de asistencia social o de lucha contra la pobreza y la exclusión social resulta más adecuada la base habilitante de los arts. 13 y 30 respectivamente de la Carta Social Europea que el art. 3 CEDH (Decisión de inadmisibilidad del TEDH *Budina c. Rusia* de 18 de junio de 2009, sobre precariedad de una persona mayor a causa de la insuficiente pensión de jubilación); lo cual no ha sido óbice para que dicho art. 3 CEDH haya llegado a tener virtualidad en supuestos excepcionales relacionados con el drama de personas inmigrantes y refugiadas afectadas por crisis humanitarias.⁸²¹

- de igual manera, el art. 15 CSE se muestra más idóneo que el art. 8 CEDH en la inclusión social de las personas con discapacidad, como por lo demás ha reconocido la propia Corte europea (entre otras, SSTEDH *Botta c. Italia* de 24 de febrero de 1998 y *Molka c. Polonia* de 14 de abril de 2006, o Decisión de inadmisibilidad *Jitka Zehmalova y Otto Zehmal c. República Checa* de 14 mayo de 2002), sin perjuicio de pronunciamientos interesantes recientes como la STEDH *Enver Şahin c. Turquía* de 30 de marzo de 2018 (violación del art. 14 CEDH -no discriminación- en conjunción con el art. 2 del Protocolo nº 1 -educación-) a propósito de las barreras físicas sufridas por un estudiante con discapacidad para acceder a las instalaciones universitarias.

En ese orden de cosas, intentando efectuar una lectura en clave más positiva con respecto al proceder inmovilista sobre situaciones de precariedad, o reacío en el terreno de la discapacidad, es

⁸²¹) Así, en la STEDH (Gran Sala) *M.S.S. c. Bélgica y Grecia* de 21 de enero de 2011, se declara la violación del art. 3 CEDH por la situación de particular gravedad en la que se encontraba el demandante (de origen afgano) en Grecia (adonde había llegado pasando por Irán y Turquía), al no poder satisfacer ninguna de sus necesidades más elementales: alimentarse, lavarse y alojarse (para. 254).

pertinente señalar que ambas posturas del TEDH tal vez denoten un alarde de realismo, en el sentido de no poder abarcar más allá de lo que el texto convencional y sus Protocolos le marcan, por más que fuerce las posibilidades hermenéuticas, pues finalmente no constituye en puridad un “Tribunal Europeo de Derechos Sociales”. Repárese en que el CEDH no cuenta siquiera con una especie de “Protocolo de San Salvador” análogo al del sistema interamericano, de manera que la Corte de Estrasburgo se inspira como parámetro hermenéutico en la CSE como “instrumento autónomo”, a través de una interpretación sistemática del “corpus” europeo, pero no como instrumento aplicativo bajo su jurisdicción.

Desde esta perspectiva, acaso estemos cayendo en una especie de “obsesión convencional” (por el CEDH, o por el TEDH), pidiendo demasiado al sobrecargado “buque insignia” del Consejo de Europa, cuya resolución de “casos concretos” no es idónea en general para extraer soluciones colectivas como las exigidas para la vigencia del Estado social y los derechos sociales especialmente en el crítico contexto actual.

II.2. Sobre la CSE y la jurisprudencia del CEDS

Como aproximación crítica preliminar debe hacerse notar que, entre los Estados miembros del Consejo de Europa (47), son 34 los que han ratificado la CSE revisada de 1996 y 9 los que todavía siguen vinculados por la CSE original de 1961; aún hay 4 (Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza) que no han aceptado ni la una ni la otra, lo cual va claramente en contra de la dimensión social de los tres pilares del Consejo de Europa (Estado de Derecho, Democracia y Derechos Humanos y, por tanto, también Estado Social, Democracia Social y Derechos Sociales). El procedimiento de reclamaciones colectivas ha sido aceptado solamente por 15 Estados.

La CSE de 1961 estableció un mecanismo obligatorio de presentación de informes por los Estados cada dos años sobre las disposiciones aceptadas al ratificarla. Ello hacía que cada ciclo de control y, por ende, tanto la adopción como la publicación de las conclusiones del CEDS, se vieran aquejadas de una considerable lentitud. Desde el 1 de octubre de 2007, por decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se puso en marcha un nuevo sistema de presentación de informes nacionales, de modo que cada Estado Parte en la Carta debe someter cada año (a fecha 31 de octubre) un informe sobre un grupo temático⁸²². De todas formas, el sistema de informes ha

⁸²²) A tal efecto se han establecido cuatro grupos temáticos: grupo I sobre Empleo, formación e igualdad de oportunidades (arts. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25); grupo II sobre “Salud, seguridad social y protección social” (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30); grupo III sobre Derechos relacionados con el trabajo (arts. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29), y grupo IV sobre Niños, familias, migrantes (arts. 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31). En la práctica, por tanto, cada grupo temático ha venido siendo objeto de presentación de un informe cada cuatro años.

adolecido de falta de reacción ante situaciones nacionales que merecerían una respuesta más rápida en términos de justicia social, pues en el intervalo de cuatro años entre informe e informe referente a cada grupo temático, es posible que se hayan producido cambios normativos o jurisprudenciales internos, con conclusiones tardías del CEDS. Por tal motivo, en 2015 se puso en marcha un nuevo sistema de informes adoptado por el Comité de Ministros en su 1196ª reunión los días 2-3 de abril de 2014 [CM(2014)26] con objeto de hacer éste más eficiente y eficaz (en términos de reducción de los plazos de resolución y de garantía efectiva de los derechos reconocidos en la CSE) y de simplificar dicho sistema con respecto a los Estados Partes que hayan asumido el procedimiento de reclamaciones colectivas, propiciándose en todo caso que las situaciones controvertidas puedan evaluarse otra vez cada dos años como máximo.

Por su parte, el procedimiento de reclamaciones colectivas es de índole jurisdiccional, y su denominación tiene que ver tanto con el hecho de que no se refiere a denuncias de situaciones individuales, como a la circunstancia de ostentar la legitimación activa de las organizaciones sindicales y patronales (nacionales e internacionales), así como las organizaciones de la sociedad civil (en principio, sólo las internacionales que tengan estatuto “participativo” ante el Consejo de Europa; las nacionales cuando el Estado afectado realice una declaración en tal sentido). El procedimiento reviste carácter contradictorio y, sobre todo, es bastante rápido (una media de cuatro a seis meses para las decisiones de admisibilidad y de año a año y medio más para las decisiones de fondo, que tienen formato de sentencia), presentando la ventaja de no exigir el agotamiento de los recursos nacionales.

Ciertamente, el instrumento de las reclamaciones colectivas, por su naturaleza netamente jurisdiccional (se prevé incluso la celebración de audiencias públicas⁸²³, normalmente organizadas, no en la sede del propio CEDS -el edificio “Agora” del Consejo de Europa- sino en la del vecino TEDH), está llamado a desarrollar la jurisprudencia del CEDS dotando a éste de mayor visibilidad, y seguramente a consolidarse como base de un enriquecimiento mutuo con otras jurisprudencias sociales de alcance regional (incluyendo, además de la elaborada por los Tribunales Europeos de Estrasburgo y de Luxemburgo, la generada por la Corte interamericana o la universal (en especial, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU)⁸²⁴. Ello sin perjuicio de

⁸²³) art. 7.4 del Protocolo de 1995.

⁸²⁴) A título de ejemplo, en diversas reclamaciones colectivas resueltas por el CEDS (relacionadas con el derecho a la vivienda) se acude por éste a las observaciones generales adoptadas por el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: así, en las Decisiones de fondo del CEDS de fechas 19 de octubre de 2009 (Reclamación nº 51/2008 ERRC c. Francia) y 25 de junio de 2010 (Reclamación nº 58/2009, COHRE c. Italia), o en las anteriores Decisiones de fondo de fechas 5 de diciembre de 2007 (Reclamación nº 33/2006 Movimiento Internacional ATD-Cuarto

reuniones informales de diálogo judicial, tanto con esas instancias internacionales como con tribunales nacionales.⁸²⁵

Conviene aclarar que la jurisprudencia del CEDS adquiere la forma de “conclusiones” en el caso de la supervisión de los informes y de “decisiones” (de admisibilidad o de fondo -con formato de sentencia y eventuales votos particulares-) en el supuesto de la resolución de las reclamaciones colectivas; previéndose asimismo, en el marco del procedimiento de reclamaciones, la adopción de las llamadas “medidas inmediatas” (similares a las medidas cautelares contempladas en el art. 39 del Reglamento del TEDH) y de la intervención de terceros a título de *amicus curiae*.

Por consiguiente, el compromiso internacional de los Estados Partes con respecto a la CSE (la de 1961 y la revisada de 1996) comporta el carácter vinculante no sólo de las disposiciones de ella, sino también de la jurisprudencia emanada del CEDS en ambos sistemas (el de informes y el de reclamaciones colectivas). De hecho, ambos sistemas se retroalimentan, lo cual se manifiesta en que el CEDS se inspira y cita en sus “decisiones de fondo” la jurisprudencia elaborada en el sistema de informes y, paralelamente, se inspira y cita en sus “conclusiones” la jurisprudencia emanada de la resolución de las reclamaciones colectivas. Por lo demás, debe recalcar esta noción moderna de “jurisprudencia” del CEDS (así se denomina oficialmente y como tal puede encontrarse en el sitio web de la CSE⁸²⁶), en otras palabras, de *juris-dictio* o de “decir el Derecho” contenido en la CSE con prudencia (*juris-prudentia*) y con carácter último. En consecuencia, esa retroalimentación resulta relevante con relación a países que sólo han aceptado el procedimiento originario obligatorio de informes, pudiendo pese a todo tener entrada a través de él la jurisprudencia dictada por el CEDS en el mecanismo facultativo de reclamaciones.

Sería excesivamente prolijo resumir la jurisprudencia (“social” por antonomasia) del CEDS, e incluso sus grandes líneas jurisprudencias. Por tal motivo, parece más razonable en esta sede

Mundo c. Francia, y Reclamación n° 39/2006, Federación de Asociaciones Nacionales de Trabajo con los Sin-Techo, FEANTSA c. Francia), entre otras.

⁸²⁵) Como ejemplo de esos encuentros de diplomacia y diálogo judicial mantenidos por el CEDS (de los que se da cuenta en la web oficial de la CSE), cabe mencionar el intercambio de opiniones mantenido en Kiev en febrero de 2017 con el Tribunal Constitucional de Ucrania, y en el que se discutió específicamente sobre la protección constitucional del derecho a la seguridad social a la luz del art. 12 CSE y de la jurisprudencia del CEDS. Ese intercambio tuvo su continuación a principios de 2018 (concretamente, el 25 de enero) en Estrasburgo, entre una delegación de la Corte Constitucional ucraniana y el CEDS con respecto a la protección de derechos sociales constitucionales a nivel nacional, particularmente sobre el derecho a prestaciones sociales, como consecuencia de un gran número de recursos individuales formulados ante la Jurisdicción Constitucional de dicho país y la toma en consideración, en la tarea exegética de esa Alta Jurisdicción Nacional, de la jurisprudencia internacional en la materia elaborada por el TEDH y por el CEDS.

⁸²⁶) www.coe.int/socialcharter.

remitirse, de un lado, a los ejemplos de efectividad de las resoluciones del CEDS (como se decía, “conclusiones” en el sistema de informes y “decisiones” en el procedimiento de reclamaciones colectivas) acudiendo a las “fichas de países” (“*Country factsheets*” o “*Fiches pays*”) que aparecen en la web oficial de la CSE (www.coe.int/socialcharter), en las que se da cuenta de los progresos llevados a cabo en el ámbito nacional (mejora de normas y de prácticas) en ejecución de dichas resoluciones desde la ratificación del tratado europeo por cada Parte Contratante. De otro lado, no obstante, resulta útil ofrecer ilustraciones concretas de justiciabilidad y efectividad de las resoluciones del CEDS, especialmente de las adoptadas en el marco del mecanismo de reclamaciones colectivas por referencia a los distintos niveles internos del poder público (judicial, ejecutivo y legislativo):

(i) Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la Reclamación nº 14/2003 (*caso Federación internacional de ligas de derechos humanos c. Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que no sólo fue ejecutada por las autoridades francesas⁸²⁷, sino llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su Decisión de 7 de junio de 2006, *Association Aides et autres*) al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la Reclamación nº 14/2003⁸²⁸.

(ii) Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el art. 11 de la Carta: Reclamación nº 45/2007 (*Interights c. Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009)⁸²⁹.

(iii) Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la Reclamación nº 48/2008 (*ERRC c. Bulgaria*, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el Parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de Asistencia Social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial nº 15 de 23 de febrero de 2010) para suprimir

⁸²⁷) Ver Resolución ResChS (2005) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005 con motivo de la 925ª reunión de los Delegados de los Ministros, en la que se toma nota de la Circular [del Gobierno francés] DHOS/DSS/DGAS nº 141 de 16 de marzo de 2005 relativa a la asunción de la atención urgente ofrecida a los extranjeros residiendo en Francia de manera irregular y no beneficiarios de la ayuda médica de Estado.

⁸²⁸) Véanse también las decisiones de fondo de 20/10/2009 (reclamación nº 47/2008, DCI c. Países Bajos) y de 23 de octubre de 2012 (reclamación nº 69/2011, DCI c. Bélgica).

⁸²⁹) Ver Resolución CM/ResChS(2009)7 adoptada el 21/10/2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas de retirar el material pedagógico controvertido del listado de manuales para el año académico 2009/2010.

la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el art. 13 CSE.⁸³⁰

Por añadidura, téngase presente que los convenios colectivos constituyen una fuente básica de Derecho del Trabajo y, consiguientemente, a través de ella cabrá asimismo dotar de efectividad a las resoluciones del CEDS, tanto en el sistema de informes como en el procedimiento de reclamaciones colectivas. Cabe mencionar dos ejemplos relativos a Bélgica:

- En lo referente al mecanismo de informes, el Consejo Nacional del Trabajo de Bélgica modificó el 13 de octubre de 2010 el Convenio Colectivo N° 80 para poner en conformidad la legislación nacional con la Carta Social en materia de derecho de las trabajadoras a pausas para lactancia: la modificación concreta consistió en aumentar de siete (según la previsión anterior de la normativa nacional) a nueve meses (según lo exigido por el CEDS al interpretar el art. 8.3 de la Carta Social) la edad del niño o niña durante la que se garantizan las pausas de lactancia.

- Por lo que se refiere al procedimiento de reclamaciones, el Gobierno belga instó a los interlocutores sociales a facilitar la ejecución de la decisión de fondo del 13 de septiembre de 2011 de resolución de la Reclamación n° 59/2009 (*Confédération Européenne de Syndicats/Central General de Sindicatos Liberales de Bélgica/Confederación de Sindicatos Cristianos de Bélgica/Federación General del Trabajo de Bélgica c. Bélgica*), en la que el CEDS concluyó que hubo una violación del art. 6.4 CSE como consecuencia de la intervención judicial prevista en el ordenamiento belga según la cual el juez puede paralizar las actividades de los piquetes tras la presentación de una demanda unilateral por parte del empleador y sin necesidad de dar audiencia a los huelguistas.

En todo caso, sin perjuicio de esa prioritaria y primordial ejecución a escala doméstica, en lo que concierne al procedimiento internacional de ejecución *stricto sensu* de las resoluciones del CEDS, es el Comité de Ministros quien tiene atribuida dicha función supervisora⁸³¹, lo mismo que sucede con las sentencias del TEDH.⁸³²

No cabe cerrar el presente apartado sin mencionar algunas decisiones del CEDS en el contexto de la crisis económica y por referencia a dos ámbitos controvertidos, a saber, flexibilidad en el mercado

⁸³⁰) Véase Anexo a la Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS(2010) 2 de 31/03/2010.

⁸³¹) Art. 29 CSE de 1961 (art. 28 en la reforma prevista en el Protocolo de 1991) y art. C de la CSE revisada de 1996 para las conclusiones del mecanismo de informes, así como arts. 9 y 10 del Protocolo de 1995 para las decisiones sobre las reclamaciones colectivas.

⁸³²) Art. 46 CEDH.

laboral y flexiseguridad en el sistema de pensiones a cuenta de diversas decisiones adoptadas por dicho órgano frente a Grecia.

Con relación al primer ámbito, el CEDS dictó en el año 2012 las dos primeras decisiones que abordaron frontalmente la problemática de las medidas “anticrisis” de austeridad y flexibilidad del mercado laboral, adoptadas bajo imposición de la Troika (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional)⁸³³. En la primera decisión (Reclamación nº 65/2011), el CEDS concluyó que se había producido una violación del art. 4.4 de la Carta Social, por cuanto la ley nacional que autorizaba el despido sin preaviso ni indemnización a los asalariados con contrato de duración indefinida durante un período inicial de doce meses es incompatible con dicha disposición de la Carta. En la segunda decisión (Reclamación nº 66/2011), el Comité llegó a la conclusión de la violación de diversas disposiciones de la Carta Social (arts. 4.4, 7.7, 10.2 y 12.3), al enjuiciar las disposiciones restrictivas sobre vacaciones anuales, sistemas de aprendizaje y formación, y cobertura de la seguridad social en los llamados “contratos de aprendizaje especiales” para asalariados de entre 15 a 18 años, así como las disposiciones referentes a la irrisoria remuneración (un pequeño porcentaje del salario mínimo nacional) susceptible de ser percibida por los asalariados recién incorporados al mercado laboral menores de 25 años.

En lo que concierne al segundo ámbito, a finales de diciembre de 2012 fueron adoptadas por el Comité Europeo cinco nuevas Decisiones de fondo (7 de diciembre de 2012) de resolución de las reclamaciones (nº 76 a 80/2012) que denunciaban las leyes anticrisis de 2010 adoptadas en Grecia imponiendo una reducción drástica de las pensiones tanto en el sector público como en el privado; todas ellas concluyeron que se había violado el art. 12 de la Carta Social (derecho a la Seguridad Social)⁸³⁴. Es interesante traer a colación la fundamentación jurídica común de dichas Decisiones:

(i) El art. 12 CSE está concebido más en términos de progresividad que de regresión. Pero, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada.

(ii) El Gobierno griego no ha demostrado que, bajo el pretexto de las medidas de austeridad impuestas por la Troika, haya intentado adoptar otras medidas alternativas menos costosas para la población afectada.

⁸³³) Se trata de las dos decisiones de fondo del Comité de 23 de mayo de 2012 de resolución de las Reclamaciones colectivas nº 65/2011 y nº 66/2011 (ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos Federación general de empleados de las compañías públicas de electricidad y Confederación de sindicatos de funcionarios públicos).

⁸³⁴) Reclamación nº 76/2012, Federación de pensionistas asalariados de Grecia c. Grecia; reclamación nº 77/2012, Federación Pan-helénica de pensionistas de la función pública c. Grecia; reclamación nº 78/2012, Sindicato de pensionistas del personal ferroviario de Atenas-Piraeus c. Grecia; reclamación nº 79/2012, Federación pan-helénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad c. Grecia, y reclamación nº 80/2012, Sindicato de pensionistas del Banco agrícola de Grecia c. Grecia.

(iii) Dicho Gobierno tampoco ha acreditado que haya habido consultas y diálogo con los interlocutores sociales en un ámbito tan esencial.

(iv) En fin, el efecto acumulativo de todos estos *déficits*, unido a las reducciones de las pensiones en sí, hace descansar exclusivamente sobre los pensionistas, en su calidad de contribuyentes, las consecuencias de la crisis económica de manera injustificada y contraria a la Carta Social Europea.

Esas decisiones del CEDS no únicamente han dinamizado la práctica judicial en Grecia, sino en otros países como España (*infra*), además de tener un gran eco mediático, al quedar implicada indirectamente la UE. De hecho, al no haberse ejecutado satisfactoriamente dichas decisiones (al contrario, legislación griega posterior incidió en el problema), el CEDS condenó nuevamente a Grecia mediante decisión de fondo de 23 de marzo de 2017 sobre la Reclamación nº 111/2014 *Confederación Griega General del Trabajo c. Grecia*: en ella, el CEDS acogió en su mayor parte las alegaciones del sindicato reclamante (violación de los arts. 1, 2, 4 y 7 de la CSE de 1961, así como del art. 3 del Protocolo de 1988), observando adicionalmente (párrafos 246-251 de la decisión) que “semejante situación (...) exige atención urgente por parte de todos los Estados miembros del Consejo de Europa”. Curiosamente, además de las partes procesales en el procedimiento (el sindicato recurrente frente al Estado demandado), presentaron observaciones escritas y orales la Confederación Europea de Sindicatos, la Organización Internacional de Empresarios y la propia Comisión Europea (a diferencia de la primera, las dos últimas defendieron lógicamente las medidas de austeridad adoptadas por Grecia bajo el impulso o la presión de la Troika). Como curiosidad adicional, durante la audiencia pública (celebrada el 26 de octubre de 2016 en el Palacio de Derechos Humanos, sede del TEDH), el Gobierno griego llegó incluso a postular una justificada condena a su país en algunos puntos, buscando implícitamente la coartada del Consejo de Europa (a través del CEDS) frente a las medidas restrictivas impulsadas desde la UE. De ahí la importancia de las sinergias entre ambas organizaciones europeas propugnadas en el marco del “Proceso de Turín” y de las que debería hacerse eco asimismo el reciente “Pilar Europeo de Derechos Sociales”.

III. Desafíos actuales para la Unión Europea en el terreno de los derechos sociales: normativa y jurisprudencia del TJUE

No procede extenderse en la evolución normativa de los derechos sociales en el seno de la UE. En síntesis, y por referencia al Derecho originario o primario, es de sobra conocido que el designio

formulado en los preámbulos de *los tres tratados fundacionales de 1951 (Comunidad Europea del Carbón y del Acero, CECA) y 1957 (Comunidad Económica Europea, CEE, y Comunidad Europea de la Energía Atómica, EURATOM)* relativo a la mejora de las condiciones de vida de los europeos reservaba un lugar preeminente a las cuatro clásicas libertades de sesgo económico (libre circulación de capitales, mercancías, personas y servicios) y dejaba muy poco espacio a lo social, al margen de algunas cláusulas aisladas sobre no discriminación entre nacionales relacionadas con la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y con la seguridad social.

Las *reformas de los Tratados constitutivos* han marcado avances sociales más o menos tímidos. Con el *Acta Única Europea de 1986* se introdujo la “política social” como nuevo capítulo competencial comunitario. Con el *Tratado de Maastricht de 1992*, en cambio, no sólo se rechazó adjetivar de “política” la Unión Europea, sino que tampoco se aceptó la introducción de la lucha contra la exclusión social en el capítulo de la nueva “ciudadanía de la Unión” (que se recondujo a un “mini catálogo” de derechos civiles y políticos), además de acudirse a la fórmula del Protocolo de salida o de exclusión (*opt-out Protocol*) para la política social. El *Tratado de Ámsterdam de 1997* introdujo bases habilitantes expresas para la adopción de legislación directa en diversos ámbitos sociales, así como importantes motivos explícitos (edad, discapacidad u orientación sexual) en la lucha contra la discriminación. Y a través del *Tratado de Niza 2001* se extendió el campo material del “método abierto de coordinación”, siguiendo presente e incluso habiéndose acrecentado el riesgo de “*dumping social*” ante la entrada en 2004-2007 de otros socios “modestos” (en este caso, de Europa Central y del Este).

Trasladados al momento actual, debe recalcar la asunción expresa de un catálogo propio de derechos sociales (el de la CDFUE) mediante el Tratado de Lisboa de 2007 en cuyo contexto (más prometedor que la “Estrategia de Lisboa” lanzada en 2000 y renovada con incertidumbre posteriormente), además de la cláusula social transversal (art. 9 TFUE), incluso la pretendida cláusula de *opting out* con respecto a la CDFUE (negociada por Polonia y Reino Unido y secundada por República Checa) debería de verse atemperada o contrarrestada mediante la jurisprudencia del TJUE si éste decide acudir a la CDFUE, si no como fuente directa, sí al menos por la vía de los principios generales del Derecho de la Unión.

Dicho lo anterior, la máxima actualidad viene marcada por el nuevo “Pilar Europeo de Derechos Sociales” (propuesto por el Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, en su

Discurso sobre el estado de la Unión ante el Parlamento Europeo el 9 de septiembre de 2015), que se concretó en la mera adopción de una declaración solemne por las instituciones políticas de la Unión Europea el 17 de noviembre de 2017 en la Cumbre Social de Gotemburgo (Suecia)⁸³⁵. Ello significa que ese Pilar conforma un mero instrumento programático o de “*soft-law*”, que por ejemplo dedica diez de sus veinte objetivos (del 11 al 20) a la “protección e inclusión social” (Capítulo III), pudiendo destacarse los objetivos 11 (*asistencia y apoyo a los niños*: “a. Los niños tienen derecho a disfrutar de una educación y asistencia infantil asequibles y de buena calidad. b. Los niños tienen derecho a la protección contra la pobreza”), 14 (*renta mínima*: “ Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”) y 19 (*vivienda y asistencia para las personas sin hogar*: “a. Deberá proporcionarse a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad. b. Las personas vulnerables tienen derecho a una asistencia y una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso. c. Deberán facilitarse a las personas sin hogar un alojamiento y los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social”).⁸³⁶

Habrà que esperar para comprobar si, en la puesta en práctica del Pilar (p.e., el “Fondo Social Europeo Plus/FSE+”, el cual prevé que al menos el 25 % de los recursos nacionales del FSE+ se destinen a promover la inclusión social y a combatir la pobreza⁸³⁷), sus acciones son coherentes con la idea incluida en el párrafo 16 del Preámbulo acerca del estándar más favorable (principio favor *libertatis o pro personae*)⁸³⁸. Lamentablemente, en la Comunicación de la Comisión sobre el Pilar⁸³⁹,

⁸³⁵ Véase el texto oficial de la Proclamación interinstitucional sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales por parte del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en el DOUE de 13 de diciembre de 2017 (2017/C 428/09).

⁸³⁶ Los otros objetivos básicos del capítulo III son los siguientes: 12. Protección social. 13. Prestaciones por desempleo. 15. Pensiones y prestaciones de vejez. 16. Sanidad (incluido el derecho de toda persona “a un acceso oportuno a asistencia sanitaria asequible”). 17. Inclusión de las personas con discapacidad. 18. Cuidados de larga duración. Y 20. Acceso a los esenciales (“incluidos el agua, el saneamiento, la energía, el transporte, los servicios financieros y las comunicaciones digitales. Deberá prestarse a las personas necesitadas apoyo para el acceso a estos servicios”).

⁸³⁷ Véase la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Fondo Social Europeo Plus (FSE+), Bruselas, 30.5.2018, COM(2018)382 final, 2018/0206 (COD).

⁸³⁸ El par. 16 del Preámbulo del Pilar dice: El pilar europeo de derechos sociales no debe impedir que los Estados miembros o sus interlocutores sociales establezcan normas sociales más ambiciosas. En particular, ninguna de las disposiciones del pilar europeo de derechos sociales debe poder interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y principios reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión o por el Derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los Estados miembros, incluida la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18/10/1961, y los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

⁸³⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al

aunque haga una paradójica alusión al “acervo social” europeo e internacional (incluidos los ODS de la Agenda 2030 de la ONU), practica una clara omisión no sólo del CEDS, sino de forma más sorprendente aún de la CSE revisada de 1996; exclusión, esta última, que ni siquiera habían osado practicar los redactores de la CDFUE en sus Explicaciones anejas. Ello, por lo demás, resulta más ostensible cuando se compara el texto de la Comunicación con *el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión* que acompaña a dicha Comunicación⁸⁴⁰, que indudablemente no podía dejar de aludir a la CSE revisada de 1996 y al CEDS (con mención expresa al procedimiento de reclamaciones colectivas) apostando por un reforzamiento del Pilar.

Con estos mimbres, con anterioridad a la vigencia de la CDFUE, ciertamente el Tribunal de Justicia había destacado, en ausencia de una base normativa que reconociera un catálogo “propio” de derechos y libertades, por su relevante “jurisprudencia pretoriana”. En el caso de los derechos sociales, el TJUE también ha acudido a diversas técnicas interpretativas, entre ellas:

(i) primeramente, la extensión a los derechos sociales de la fórmula referente a los “derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto asegura el Tribunal” (según la célebre sentencia Stauder, de 12/11/1969, asunto 29/69);

(ii) en segundo lugar, otra línea de irrupción de los derechos sociales ha seguido la dinámica de la construcción europea y de la propia jurisprudencia comunitaria, asegurando una protección indirecta de aquéllos bajo el manto de los objetivos sociales que en ciertas circunstancias dan pie para admitir restricciones nacionales a las libertades económicas de circulación y a las normas de competencia; y

(iii) en tercer término, el principio de igualdad ha propiciado la entrada en escena de derechos sociales, bien al interpretarse normativa social sectorial adoptada por las instituciones comunitarias, bien en virtud de diversos motivos por los que no cabe discriminación. En cuanto a la normativa sectorial, ya la conocida como STJUE Defrenne II (de 8 de abril de 1976, asunto 43/75), aunque relativa al principio de igualdad de remuneración entre sexos, propició que se aplicara su lógica “a otros aspectos de la política social” como el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, un trato no desfavorable (por ejemplo, fiscal) en materia de beneficios y cotizaciones a la seguridad social de un trabajador por el hecho de ejercer la libre circulación de personas dentro del territorio

Comité de las Regiones sobre el establecimiento de un pilar de derechos sociales, Bruselas, 26/04/2017, COM(2017) 250 final.

⁸⁴⁰) Documento SWD (2017) 201 final, Bruselas, 26/04/2017.

de la Unión, la protección de los derechos de los trabajadores en casos de insolvencia del empresario, o la continuación de la relación laboral en supuestos de transmisión de empresas. En lo concerniente al principio de igualdad, la jurisprudencia comunitaria es abundante; desde hace tiempo ha sostenido el carácter abierto de la lista de motivos por los que no cabe discriminación (STJUE Razzouk y Beydoun, de 20 de marzo de 1984, asuntos acumulados C-75/82 y C-117/82, sobre no discriminación sexual en el disfrute de pensiones de viudedad), y sigue consolidando su doctrina bajo las cláusulas, ya explícitas, de la CDFUE (v.gr., STJUE Chatzi de 16 de septiembre de 2010, asunto C-149/10, sobre el alcance del permiso parental en caso de nacimiento de gemelos), como la edad (STJUE Küçükdeveci de 18 de enero de 2010, asunto C-555/07), la discapacidad (STJUE de 17 de julio de 2008, caso Coleman, asunto C-303/06) o la orientación sexual (STJUE Maruko de 1 de abril de 2008, asunto C-267/06).

En esa misma dinámica positiva, aunque con vacilaciones, el TJUE no ha permanecido insensible al disfrute de determinados derechos sociales al contextualizarlos en el escenario de flexibilización del mercado laboral. Como ilustraciones, la STJUE Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols (de 22 de abril de 2010, asunto C-486/08) ofrece una interpretación favorable del derecho a las vacaciones anuales retribuidas frente a los recortes provocados en caso de modificación de la jornada laboral (reducción de jornada completa a jornada a tiempo parcial) o de disfrute de permiso parental; o la STJUE Bruno y Pettini (de 10 de junio de 2010, asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08) se pronuncia asimismo en sentido favorable al cálculo de la antigüedad requerida para adquirir derecho a la pensión de jubilación en el caso de los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico.

Sin embargo, el TJUE revela en la actualidad dos corrientes jurisprudenciales preocupantes y una tercera modesta en el ámbito de los derechos sociales:

(i) la primera corriente, controvertida, viene marcada por la adopción de las SSTJUE *Viking* (de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05) y *Laval* (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05): según estos pronunciamientos, los derechos sociales (concretamente, de sindicación y de negociación colectiva) habrían quedado sometidos a una lógica económica que les subordinaría a los imperativos de la libre circulación y la libre competencia. En ambos supuestos, la acción sindical pretendió contrarrestar prácticas deslocalizadoras de “*dumping social*”, pues en el primero las medidas de conflicto colectivo tendían a disuadir al empleador (Viking) de cambiar el pabellón finlandés de uno de sus buques y registrarlos bajo pabellón de otro Estado miembro (Estonia), y en el

segundo esas medidas de conflicto perseguían que los asalariados de una empresa (Laval) de Letonia del sector de la construcción desplazados a Suecia pudieran acogerse al régimen laboral sueco más favorable que el del país de origen. En ambos casos, las SSTJUE habrían preferido ubicar el derecho de acción colectiva de los asalariados en la categoría de “derechos fundamentales de segundo rango” supeditados a las libertades económicas, a las que quedarían sometidos. Parece así establecerse una especie de jerarquización entre derechos sociales y libertades económicas en detrimento de los primeros. Resta saber si la posición inaugurada con las SSTJUE Viking y Laval es susceptible de nueva fluctuación en sentido conciliador operando una ponderación equilibrada e indivisible o en pie de igualdad de los derechos fundamentales en juego (derechos sociales y libertades económicas), especialmente tras la vigencia del Tratado de Lisboa y, con él, de la CDFUE⁸⁴¹;

(ii) la segunda corriente resulta igualmente decepcionante para la efectividad de los derechos sociales: los primeros pronunciamientos del TJUE sobre derechos sociales consagrados en la CDFUE y su posible proyección en el ámbito nacional y en las relaciones entre particulares, no invitaban demasiado al optimismo, como ilustraron las SSTJUE Association de médiation sociale (15 de enero de 2014, asunto C-176/2012) y Víctor Manuel Julian Hernández y otros (10 de julio de 2014, asunto C-198/13), sobre los arts. 27 y 20, respectivamente, de la CDFUE. Si acaso, parece ofrecer un cierto contrapeso, que vislumbra asimismo la eficacia horizontal o entre particulares de los derechos sociales, la más reciente STJUE Vera Egenberger (17 de abril de 2018, asunto C-414/16), a propósito de la conciliación entre la igualdad de trato en el acceso a un puesto de trabajo y la autonomía contractual de una entidad cuya actividad profesional está impregnada de convicciones éticas y religiosas a propósito del art. 21 CDFUE⁸⁴²;

(iii) la tercera corriente puede calificarse de modesta a tenor de la envergadura de la problemática de fondo (el drama de los desahucios y desalojos en países como España), al estar en juego el fundamental derecho a la vivienda digna, reconocido tímidamente en el art. 34 CDFUE. La

⁸⁴¹) En tal sentido, generó expectativas la más reciente STJUE Comisión c. Alemania (de 15 de julio de 2010, asunto C-271/08) en la que, si bien el juicio de ponderación de los jueces de Luxemburgo se decanta por las libertades económicas, se aludió a la negociación colectiva claramente como derecho fundamental (mencionándose, adicionalmente, por vez primera en la jurisprudencia comunitaria la CSE revisada de 1996 junto a la CDFUE) y se operó un análisis de conciliación (y no de jerarquización) entre derechos fundamentales que parece ir más en la línea de la STJUE Schmidberger (de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00), en la que, junto a la STJUE Omega (de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02) parecería incluso haberse otorgado prevalencia a los derechos fundamentales frente a las libertades clásicas del mercado.

⁸⁴²) Confirmando esa misma jurisprudencia Egenberger y sobre el propio art. 21 CDFUE, puede leerse como pronunciamiento más reciente la STJUE IR (11 de septiembre de 2018, asunto C-68/17); y, en la misma línea, en este caso con relación al art. 31 CDFUE, la STJUE Federación de Servicios de Comisiones Obreras (14 de mayo de 2019, asunto C-55/18), o las SSTJUE Bauer/Willmeroth (6 de noviembre de 2018, asuntos acumulados C-569/16 y 570/16) o Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften (6 de noviembre de 2018, asunto 684/16).

problemática generada por la insólita y reprochable configuración de la dación en pago (con claro desequilibrio en perjuicio de la parte más débil, el deudor hipotecario, frente al banco acreedor) únicamente fue acometida por el TJUE de manera sectorial (a través de la protección de los consumidores y usuarios⁸⁴³) y con un enfoque marcadamente procedimental (relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva) que, ciertamente, no ha resuelto el problema de fondo, el cual todavía persiste. Aun con todo, ante la ausencia de medidas generales consensuadas por los partidos políticos presentes en la esfera parlamentaria, hubo algunos pronunciamientos de esa índole procedimental del TJUE que lógicamente tuvieron un fuerte impacto mediático, especialmente la Sentencia de 14 de marzo de 2013 (Sala Primera, *Aziz*, asunto C-415/11).

La prueba, en cambio, de que el problema no quedó resuelto, la suministran otros pronunciamientos posteriores, como la STJUE de 17 de julio de 2014 (*Sánchez Morcillo*, asunto C-169/14). Efectivamente, como prolongación de dicha sentencia, TJUE no admite efectos autónomos del derecho a la vivienda mencionado en el art. 34 CDFUE si no entra en juego la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; en particular, en el Auto de 16 de julio de 2015 (sobre posible aplicación de la sentencia Sánchez Morcillo a causas de oposición no basadas en la Directiva de 1993) determinaba:

“en contra de lo señalado por ese órgano jurisdiccional, esa disposición de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda sino el «derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda» en el marco de las políticas sociales basadas en el art. 153 TFUE” (apartado 39).

El debate sigue abierto.

IV. Algunas claves para que las *Europas sociales* no caminen por separado en la actualidad, ni los Estados miembros derrapen por senderos *asociales*.

En el seno del Consejo de Europa, la existencia de diferentes bases normativas y diversos mecanismos de garantía en el CEDH y en la CSE puede generar contenciosos paralelos (entre el TEDH y CEDS). Y ello no sólo por la mencionada coincidencia de redacción entre los dos tratados en algunas materias (trabajo forzado, sindicación, educación, etc.), sino asimismo por la utilización más o menos extensiva de la cláusula de no discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo nº 12, así como Preámbulo de la CSE de 1961 y art. E de la CSE revisada de 1996) y, por supuesto, por la incursión mutua (del TEDH en la CSE y del CEDS en el CEDH).

Esos contenciosos han generado divergencias jurisprudenciales en el pasado que, por el contrario,

⁸⁴³ Con apoyo en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

han hecho emerger asimismo una voluntad jurisdiccional positiva de enriquecimiento mutuo (convergencias) por parte de los dos órganos de garantía de Estrasburgo. A modo de ilustración, el CEDS había elaborado una interpretación más dinámica y favorable a la libertad sindical (art. 5 CSE) en su faceta negativa (con respecto a las cláusulas de monopolio sindical previas a la contratación) que la jurisprudencia inicial más restrictiva de dicha libertad por parte de la Corte europea (art. 11 CEDH). Ese enfoque evolutivo del CEDS (confirmado mediante la Decisión de fondo de 22 de mayo de 2003, dictada en la Reclamación colectiva n° 12/2002, Confederación de empresas suecas c. Suecia) ha sido objeto de recepción por la jurisprudencia ulterior del TEDH, con mención expresa a la jurisprudencia del CEDS (STEDH Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca de 11 de enero de 2006). Ese mismo espíritu de interacción se manifiesta, como se expuso, en la famosa STEDH Demir y Baykara c. Turquía de 12 de noviembre de 2008 sobre libertad sindical y negociación colectiva de funcionarios, o en la más reciente STEDH Winterstein y otros c. Francia⁸⁴⁴ de 17 de octubre de 2013 sobre derecho a la vivienda.

A pesar de ello, la necesidad de diálogo judicial sigue siendo acuciante, como lo demuestra la controvertida Decisión del TEDH de 7 de mayo de 2013, de inadmisibilidad de las demandas n° 57665/12 y 57657/12 (“Ioanna KOUFAKI c. Grecia” y “ADEDY [Confederación de sindicatos de funcionarios públicos]⁸⁴⁵ c. Grecia”), A este respecto llama la atención que, a pesar de la identidad de objeto entre las circunstancias de ambas demandas y las sometidas al examen del CEDS mediante las Reclamaciones n° 65/2011 y n° 66/2011 contra Grecia anteriormente expuestas, el TEDH decide ignorar y ni siquiera mencionar las decisiones del CEDS de 23 de mayo de 2012 para declararse (apartado 50 de la decisión de inadmisibilidad) “competente para conocer de las alegaciones formuladas” y, no obstante, añadir que “para el Tribunal no se desprende ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados” por las disposiciones convencionales invocadas. Por mi parte, sobran comentarios acerca del grado de motivación consistente en no detectar “aparición de violación” y así concluir que las demandas son “manifiestamente infundadas”; pero la decisión del TEDH invita desgraciadamente, cuando menos, al escepticismo⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴) Tanto en las fuentes (§§ 80-89, cita explícita de las decisiones adoptadas por el CEDS en las reclamaciones n° 33/2006, 51/2008 y 64/2011) como en la ratio decidendi (§§ 165-167, mención expresa de la decisión del CEDS en la reclamación n° 51/2008).

⁸⁴⁵) Repárese en que dicho sindicato demandante ante el TEDH es el mismo que introdujo exitosamente la Reclamación n° 66/2011 contra Grecia ante el CEDS (supra).

⁸⁴⁶) Véanse otros pronunciamientos del TEDH al respecto en la ficha temática sobre “medidas de austeridad”: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Austerity_measures_ENG.pdf (último acceso agosto de 2019).

Por otra parte, si introducimos en la escena la idea de Europa social por referencia a la Unión, comprobamos que el TJUE ha quedado al margen del análisis de las medidas anticrisis impulsadas por la Troika (sin perjuicio de pronunciamientos de impacto indirecto, aunque de gran trascendencia con respeto a los mecanismos de gobernanza económica⁸⁴⁷), las cuales sí han recibido un severo reproche por parte del Parlamento Europeo bajo una doble óptica: por ahondar en el endémico déficit democrático (la Eurocámara denuncia su exclusión, siquiera a título de consulta, con respecto a la opaca organización de las operaciones de la Troika) y por vulnerar el acervo social europeo (con cita explícita de la CSE y de las decisiones del CEDS contra Grecia)⁸⁴⁸. Por cierto, el Defensor del Pueblo Europeo, que recibió alguna queja denunciando esas medidas de austeridad en Grecia, se estimó incompetente para abordar el problema, pero ejerció de “mediador” incitando al Parlamento Europeo a pronunciarse en tal sentido⁸⁴⁹.

Prosiguiendo con la UE, la verdad es que la omisión del TJUE en el terreno de las medidas de austeridad vislumbra una deliberada incompetencia que evita un conflicto frontal con las instancias del Consejo de Europa (TEDH o CEDS), no siempre evitable. Así ha sucedido con motivo del conocido “asunto Laval”. Concretamente, en la decisión de fondo del CEDS de fecha 03/07/2013 (de resolución de la Reclamación nº 85/2012, Confederación General del Trabajo de Suecia y Confederación General de directivos, funcionarios y empleados c. Suecia) se analizaron los cambios introducidos en el terreno de la libertad sindical y la negociación colectiva en la legislación sueca tras la sentencia Laval del TJUE (de 18/12/2007, asunto C-341/05). El CEDS adoptó una postura divergente a la del TJUE, al concluir una violación de los apartados 2 y 4 del art. 6 (derecho a la negociación colectiva), así como de las letras a) y b) del art. 19.4 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia, concretamente a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de remuneración y demás condiciones laborales, y de afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos) de la Carta Social Europea.

⁸⁴⁷) A título de ejemplo, pueden verse: la famosa STJUE Pringle de 27 de noviembre de 2012 (asunto C-370/12), que tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por la Supreme Court de Irlanda en relación con el MEDE (Mecanismo Europeo de Estabilidad), o la no menos importante STJUE Gauweiler de 16 de junio de 2015 (asunto C-62/14), sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo.

⁸⁴⁸) Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika (BCE, Comisión y FMI) en relación con los países de la zona del euro sujetos a un programa (2014/2007(INI)).

⁸⁴⁹) Decisión de 7/11/2012 del Defensor del Pueblo mediante la que da por concluida su investigación relativa a la reclamación 973/2012/ANA contra la Comisión Europea.

Las exigencias del CEDS en su decisión “Laval” habrían quedado reflejadas en parte en la nueva Lex Laval, aprobada en el Parlamento sueco en abril de 2017 y entrada en vigor en junio de 2017. El texto⁸⁵⁰, que pretende ser conciliador entre las exigencias de la UE y las de la Carta Social Europea, por ello mismo no ha dejado satisfechos totalmente a los actores implicados: por los representantes sindicales se reconocen avances moderados (pues algunos de los cambios introducidos en 2010 tras la STJUE todavía persisten), mientras que para la patronal sueca se pondría en riesgo la competitividad en el país (sobre todo en el sector de la construcción, que utiliza en buena medida trabajadores extranjeros desplazados a Suecia); por su parte, el Gobierno sueco (liderado por los socialdemócratas y los verdes tras las elecciones de 2014) que impulsó esa reforma tras encargar un informe al efecto del que ha resultado la nueva ley⁸⁵¹, entendió que para ir más lejos es necesario modificar la normativa de la UE con el objetivo de garantizar el mismo salario para los trabajadores desplazados que para los nacionales, en lugar de garantizar niveles mínimos.

Así pues, es menester que las dos Europas (Consejo de Europa y UE) caminen de la mano, en lugar de por caminos separados, divergentes o abiertamente contradictorios, en busca de la solución más favorable a la protección de los derechos sociales. Al tiempo, los Estados miembros (del Consejo de Europa y de la UE) no deben descarrillar de la vía del acervo social europeo. A tal efecto, las instancias garantistas nacionales (jurisdiccionales o no, como las Defensorías del Pueblo) están llamadas a jugar un papel de primer orden.

En el plano judicial, incluso algunas decisiones del CEDS dictadas en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas (por ej., las pronunciadas frente a Grecia por las medidas de austeridad “anticrisis” impulsadas por la Troika, supra) han tenido impacto incluso en países que no han asumido dicho procedimiento (como es el caso de España). El ejemplo más emblemático y mediático vino dado por la decisión de 23 de mayo de 2012 sobre la Reclamación nº 65/2011 (GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia): en el plano judicial ordinario, algunos órganos jurisdiccionales españoles llegaron a ejercer el “control de convencionalidad” con apoyo explícito en esa decisión del CEDS para, haciendo valer la prevalencia de un tratado (a la sazón, la CSE) sobre la aplicación de la disposición (art. 4.3) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo que estableció una figura contractual (contrato indefinido de apoyo a emprendedores) análogo a la

⁸⁵⁰) El texto original de la nueva modificación normativa puede leerse en el siguiente enlace: <http://rkrattsbaser.gov.se/sfst/adv?fritext=&sbet=1999%3A678&rub=&org=Arbetsmarknadsdepartementet&upph=false&sort=desc>.

⁸⁵¹) Puede accederse a dicho informe oficial, en versión inglesa (Review of Lex Laval. Report of the Inquiry on the Posting of Foreign Workers to Sweden, Statens Offentliga Utredningar, Stockholm, September 2015, 38 ps.), en: <http://www.government.se/legal-documents/2015/09/sou-201583-summary/>.

griega, descartar la aplicación de la disposición nacional.

Esa postura la inauguró la Sentencia nº 412/2013, de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona (procedimiento nº 426/2013 en materia de despido) y ha sido seguida con diversa intensidad por otros órganos jurisdiccionales del orden social. Lo curioso es que, incluso tras la divergente Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC 119/2014, de 16 de julio, que, curiosamente, avaló la constitucionalidad del contrato controvertido ignorando el parámetro interpretativo de la CSE, pese al mandato del art. 10.2 de la Constitución española), se siguió aplicando por algunas jurisdicciones ordinarias el criterio convencional marcado por el CEDS. Afortunadamente, el ejercicio del control de convencionalidad en España ha venido reconocido claramente y sin paliativos por el Tribunal Constitucional mediante su reciente Sentencia nº 140 de 20 de diciembre de 2018 (Fundamento Jurídico sexto), que lógicamente abre nuevas perspectivas para la salvaguardia de los derechos sociales.

En otros países europeos como Francia, el control de convencionalidad cuenta con larga tradición y experiencia. A título de ejemplo, y pese a la postura reticente de su corte suprema a la hora de asumir el parámetro de la Carta Social Europea (Pleno de la Corte de Casación, dictámenes nº 15012 y 15013 de 17 de julio de 2019, procedentes respectivamente de los consejos de “prud’hommes” de Louviers y de Toulouse⁸⁵²), los órganos jurisdiccionales sociales han asumido el canon internacional con motivo de la reforma introducida en 2017 en el Código de Trabajo (art. L. 1235-3-1 del Code du travail) en materia de establecimiento de límite de las indemnizaciones por despido abusivo (plafonnement des indemnités pour licenciement abusif). En particular, desde finales de 2018 ha habido numerosos pronunciamientos de los Conseils de Prud’hommes mediante los que han decidido no aplicar la norma nacional controvertida por ser contraria al art. 10 del Convenio nº 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo y al art. 24 de la Carta Social Europea revisada.

En fin, para asegurar la convergencia social europea, resulta ineludible mencionar el denominado “Proceso de Turín” para la Carta Social Europea (iniciado con la importante Conferencia política de alto nivel celebrada en Turín los días 17-18 de octubre de 2014) para reforzar la efectividad de los derechos consagrados en dicha Carta y las sinergias con la UE. Continuando con dicho “Proceso”,

⁸⁵² En la parte dispositiva de ambos dictámenes se declara: Las disposiciones del art. 24 de la Carta social europea revisada no tienen efecto directo en Derecho interno en un litigio entre particulares (Les dispositions de l’article 24 de la Charte sociale européenne révisée ne sont pas d’effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers).

en el marco de la Presidencia belga del Consejo de Europa se organizó en Bruselas, los días 12 y 13 de febrero de 2015, una Conferencia de alto nivel sobre “El futuro de la protección de los derechos sociales”, en la que se propició un intercambio no sólo entre representantes de instituciones internacionales y políticas, sino asimismo entre expertos académicos, interlocutores sociales y organizaciones de la sociedad civil. Las conclusiones se plasmaron en el conocido como “Documento de Bruselas”, tendente a enriquecer los trabajos del Consejo de Europa en materia de derechos sociales, en donde se concretaron cuatro desafíos prioritarios:

(i) Garantizar los derechos sociales en tiempos de crisis;

(ii) asegurar la coherencia de la protección de los derechos sociales fundamentales, apelando a una armonización guiada por la aplicación de la “cláusula más favorable”;

(iii) mejorar la eficacia de la Carta Social a través de una aplicación uniforme en el espacio regional del Consejo de Europa (instando una vez más a que todos los Estados Miembros ratifiquen la CSE revisada y acepten el procedimiento de reclamaciones colectivas), de una promoción del papel de las instituciones nacionales, de un aumento de los recursos humanos y materiales al Servicio de la CSE y de una clara equiparación entre el CEDH y la CSE; y

(iv) maximizar el potencial de las sinergias entre el Consejo de Europa y la UE en materia de derechos sociales.

Una continuación importante de esa Conferencia de Bruselas y del “proceso de Turín” tuvo lugar en 2016 (el 17 de marzo), de nuevo, en Turín, en el contexto de una Conferencia interparlamentaria de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa dedicada a la CSE, organizada por el Consejo de Europa en colaboración con la Cámara de Diputados italiana y con el Municipio de Turín. La Conferencia persiguió como objetivo proporcionar a los parlamentarios un marco privilegiado de discusión sobre la puesta en práctica de los derechos de la CSE en el ámbito nacional, incidiendo en el rol fundamental de aquéllos en el proceso de ratificación de la versión revisada de la CSE, en la aceptación del mecanismo de reclamaciones colectivas, en el examen de las disposiciones de la CSE en los procedimientos legislativos internos y en el seguimiento de las resoluciones adoptadas por el CEDS. Por otra parte, en el orden del día de dicha Conferencia interparlamentaria se discutieron las políticas sociales “post-crisis” (teniendo en cuenta los desafíos relacionados con la mundialización y la necesidad de promover una sociedad europea más solidaria e inclusiva basada en el respeto de los derechos fundamentales) y la seguridad democrática del Estado de Derecho. Estas cuestiones fueron también objeto de debate al día siguiente en Turín, el 18 de marzo de 2016,

en el contexto de un Foro público dedicado a los derechos sociales en Europa. El “Proceso de Turín” sigue, pues abierto.⁸⁵³

En efecto, el enfoque del Pilar Europeo de Derechos Sociales (como se dijo, proclamado de manera solemnemente en la Cumbre Social de Gotemburgo de 17/11/2017), so pena de remediarse con una ulterior mejor voluntad (política, social, mediática y académica), muestra una irritante falta de deferencia hacia el propio Consejo de Europa, que inversamente sí había implicado a la Comisión Europea y demás instituciones comunitarias en el reseñado “Proceso de Turín”. De tal suerte, el citado Pilar social de la UE debería haberse hecho eco explícita y coherentemente del Proceso de Turín, para poner el acento en la protección multinivel de los derechos socio-laborales a escala europea (con énfasis en el CEDS), así como en las sinergias entre las dos Organizaciones europeas, con el objetivo de realzar la proyección de la CSE como “Constitución Social para Europa” y del CEDS como Jurisdicción Europea de Derechos Sociales por excelencia.

Consecuentemente, las sinergias se hacen inexorable y progresivamente más ostensibles e intensas en el marco del sistema global de derechos humanos. Concretamente, al margen de esas sinergias *intraeuropeas*, resulta de gran interés aludir al diálogo judicial intercontinental, en este caso entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el CEDS. De particular relevancia en esta línea es la decisión de fondo de 25 de junio de 2010 sobre la Reclamación n° 58/2009 (COHRE c. Italia)⁸⁵⁴. La mayor aportación del CEDS en esta Reclamación n° 58/2009 consiste en haber europeizado la noción de violación agravada y responsabilidad agravada (tomada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se cita explícitamente en la decisión de fondo⁸⁵⁵), que considera producida cuando se cumplen dos criterios: uno, la adopción de medidas violatorias de derechos humanos que afectan expresamente a grupos vulnerables; el otro, la pasividad de los poderes públicos, que no solamente omiten adoptar las medidas apropiadas contra los autores de dichas violaciones, sino que concurren a provocar esa violencia. Esa novedosa jurisprudencia del

⁸⁵³) Para acceder a las claves y la documentación relativa al Proceso de Turín, acúdase a: <http://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/turin-process>.

⁸⁵⁴) En ella, el CEDS se hizo eco de las denuncias formuladas por la organización reclamante, en donde se reprochaba a las autoridades italianas que la legislación de emergencia (basada en “medidas de seguridad” conocidas como “emergencia rom”) adoptada para hacer frente a la situación de las personas gitanas (población romaní y sinti) habría sometido a éstas a un discurso racista y xenófobo, así como a campañas ilegales de expulsiones de los campamentos y del territorio italiano, con vulneración de los arts. 16 (protección social, jurídica y económica de la familia), 19 (protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias), 30 (protección contra la pobreza y la exclusión social) y 31 (derecho a la vivienda), invocados autónomamente y en conexión con la cláusula de no discriminación del art. E de la CSE revisada.

⁸⁵⁵) Véase apartado 75 de la decisión, en donde se citan las siguientes sentencias de la Corte de San José de Costa Rica: Myrna Mack Chang c. Guatemala, 25/11/2003, par. 139; Las Masacres de Ituango c. Colombia, 1/07/2006, para. 246; Goiburú y otros c. Paraguay, 22/09/2006, paras. 86 a 94; y La Cantuta c. Perú, 29/11/2006, paras. 115 y 116).

CEDS se vio consolidada con motivo de la Reclamación nº 63/2010 (COHRE c. Francia), resuelta mediante decisión de fondo de 28 de junio de 2011, con solución condenatoria motivada por el desalojo y desmantelamiento de campamentos gitanos, así como las expulsiones de Francia de las personas de etnia gitana (básicamente de nacionalidad búlgara y rumana) durante el verano de 2010⁸⁵⁶.

V. Breves reflexiones finales, casi políticamente incorrectas, sobre el modo de enfocar hoy los derechos sociales en Europa

Llegados a este punto, en lo que concierne a la protección europea de los derechos sociales, es fundamental no empecinarse en reinventar, sino en ser coherentes y dotar de efectividad a lo ya inventado. Expliquémoslo con algunas reflexiones a modo de pregunta:

(i) Ya que se decide “reinventar” una CDFUE (con el enorme coste económico que comportó su redacción, con pagos a políticos, expertos, etc.) con catálogo de derechos pero sin garantías específicas, ¿por qué no poner más empeño en explotar “al alza” las sinergias en ella previstas, concretamente a la luz de la interacción entre los niveles de protección mencionados en el título VII, en congruencia con el principio *favor libertatis* contemplado en los arts. 52.3 y 53 CDFUE, lo mismo que en el art. 53 CEDH o en el art. 32 CSE -art. H CSE revisada-?; ¿por qué obviar en sede jurisdiccional comunitaria que el catálogo de derechos sociales de la CDFUE -especialmente incluidos en el título sobre “solidaridad”- se ha basado en la CSE revisada de 1996, como explícitamente se reconoce en las Explicaciones anejas del *Praesidium*?; ¿por qué se genera desde el TJUE en su jurisprudencia más reciente la sensación de que es más tímido ahora con respecto al catálogo de derechos sociales de la CDFUE, esto es, ahora que cuenta con una base habilitante expresa, que en su precedente jurisprudencia social pretoriana?

(ii) De nuevo, si según esas Explicaciones anejas, los derechos sociales de la CDFUE se han elaborado inspirándose en las concretas disposiciones de la CSE revisada de 1996, ¿por qué se admite en la UE la incoherencia de que todavía algunos de sus Estados miembros -como Alemania

⁸⁵⁶ El CEDS concluyó por unanimidad que hubo una violación del art. E (no discriminación) combinada con el art. 31.2 (prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación) y con el art. 19.8 CSE revisada de 1996 (garantías relativas a la expulsión de los trabajadores migrantes y sus familias), entendiéndose nuevamente que había mediado una responsabilidad y violación agravadas (apartado 53). Debe agregarse que dicha decisión tuvo un gran impacto mediático, que se vio acrecentado por el hecho de haber sido objeto de una fuerte controversia en el seno de la UE, que precisamente acabó cerrándose en falso con una negociación política que evitó que la Comisión Europea iniciara formalmente un procedimiento de infracción ante el TJUE: de hecho, en su decisión de 28 de junio de 2011, el CEDS constató (apartado 34) que ningún procedimiento de infracción ha sido, hasta la fecha, iniciado contra Francia por la Comisión Europea por aplicación discriminatoria del derecho a la libertad de circulación.

o España, a diferencia de Francia, Italia o Portugal- no hayan aceptado la CSE revisada?; ¿por qué se admite asimismo en el Consejo de Europa que algunos de sus Estados miembros, que también coinciden en parte con los mencionados de la UE, no hayan ratificado la propia CSE revisada, de la misma manera que se exige la ratificación del CEDH para la pertenencia al Consejo de Europa, en clara incongruencia hipócrita con el discurso sobre la indivisibilidad de los derechos (como si los derechos sociales no estuvieran en pie de igualdad con los derechos civiles y políticos; o como si la democracia social no fuera igual de necesaria que la democracia civil y política; o como si los tres pilares del Consejo de Europa -democracia, Estado de Derecho y derechos humanos- no cubrieran asimismo la vertiente social -como democracia social, Estado social y derechos sociales-)?

(iii) Con la misma filosofía, si tenemos claro, y así nos gusta resaltarlo, que los derechos valen tanto como las garantías, ¿cómo se admite en el seno del Consejo de Europa a países miembros que no acepten el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS (la indivisibilidad de los derechos debe comportar la indivisibilidad de sus garantías; como es sabido, el procedimiento de demanda individual también se configuró inicialmente como facultativo ante el TEDH hasta que devino lógicamente obligatorio desde 1981)?; ¿cómo se entiende la incoherencia de algunos Estados miembros del Consejo de Europa (como España, Eslovaquia o Bosnia-Herzegovina) consistente en haber aceptado el reciente procedimiento de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y no en cambio el mecanismo de reclamaciones colectivas ante el CEDS?

Retomemos una crítica inicial: las incongruencias, inconsistencias o incoherencias recaladas nos indican que no estamos confrontados a un problema de adopción de normas o de establecimiento de garantías sobre derechos sociales, sino a un problema de compromiso y voluntad positiva para sacar rendimiento a las normas y garantías ya establecidas, dotando de efectividad a los derechos sociales reconocidos.

Y unas ulteriores reflexiones, de índole transversal, sobre el modo desafortunado en que hemos venido enfocando los derechos en Europa:

(i) Si somos coherentes con el principio de indivisibilidad, ¿acaso no hemos sido capaces todavía, en el contexto de la crisis, de darnos cuenta de que la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos sociales comporta la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos civiles y políticos?. Así, en algunos países europeos está adquiriendo lamentablemente más visibilidad la legislación restrictiva sobre derechos civiles (manifestación, etc.) que la legislación

impregnada de austeridad y recortes sociales, dado que las restricciones a los derechos cívico-político pretenden acallar las protestas ciudadanas frente a las regresiones sociales. En paralelo, en el terreno político debe quedar claro que el coste de no respetar los derechos sociales es mayor que el de su respeto. Por su lado, algunas ONG que se ocupaban exclusivamente de los derechos civiles han incorporado el discurso de la indivisibilidad a su actividad, abordando asimismo la defensa de los derechos sociales (pues todos los derechos son inherentes a la dignidad humana, y hemos de estar “indignados” cuando no se respetan todos ellos).

(ii) Si somos consecuentes con nuestras responsabilidades compartidas: ¿no es hora ya de que aclaremos el sentido de nuestra responsabilidad política -incorporando los instrumentos europeos básicos de derechos sociales-, nuestra responsabilidad institucional -instituciones como las defensorías del pueblo desempeñan un papel preventivo y de difusión fundamental de los derechos sociales-, nuestra responsabilidad jurisdiccional -jurisdicciones ordinarias y jurisdicción constitucional, ejerciendo eventualmente el control de convencionalidad y asumiendo el canon internacional más favorable-, nuestra voluntad académica -el mundo universitario no puede quedar encerrado en una ciega sofisticación jurídica que le empuje a seguir ocupándose “obsesivamente” de los derechos civiles con menosprecio de los derechos sociales, es decir, centrándose en instrumentos y mecanismos prioritariamente dedicados a los derechos civiles como si fueran la panacea de la defensa de los derechos sociales- nuestra voluntad social y mediática -papel esencial de las organizaciones de la sociedad civil y de los medios de comunicación-, ...?

Por último, recordemos: ya existen reglas (normas) sobre derechos sociales: incorporémoslas, interpretémoslas y apliquémoslas “al alza”, sin necesidad de reinventar otras. Ya existen garantías de derechos sociales: incorporémoslas y armonicémoslas igualmente inspirándonos en el principio “*favor libertatis*” o “*pro personae*” (“*pro operario*” o “*favor laboratoris*” en el terreno laboral), sin necesidad de reinventar otras. Y, sobre todo, reinventémonos nosotros mismos: si los derechos valen tanto como las garantías, las garantías valen tanto como un ejercicio de voluntad positiva al asumir nuestras responsabilidades compartidas en la promoción y defensa de los derechos sociales.

FOR AUTHOR USE ONLY

“¿Es que debemos permanecer enclavados en tierra para arrancarle sus frutos y esperar que otros transporten, que otros nos comuniquen con el resto del mundo, que otros vengan a imponernos la ley en las aguas de nuestro mar territorial? . ¿O ha de ocupar Argentina su parte de dominio y de usufructo en esa gran vía de la civilización que se llama mar?”.

Segundo Storni

El Almirante Segundo Rosa Storni fue un marino argentino que desarrolló una doctrina reivindicatoria de los derechos del país sobre sus espacios marítimos y los recursos allí existentes.

Sus dos conferencias dictadas en 1916 fueron el punto inicial de lo que hoy llamamos intereses marítimos de la nación. Estas conferencias fueron publicadas por primera vez el mismo 1916 como libro bajo el título *Intereses Argentinos en el Mar*.

Fue uno de los fundadores del Instituto Oceanográfico Argentino, en Mar del Plata, y fue además co-fundador de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires (1935).

Su visión de los intereses argentinos en el mar fue abarcativa, incluyendo la necesidad de desarrollar todos los sectores relacionados con el mar: el transporte, la industria pesquera y todas las industrias de apoyo.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Derecho del Mar y espacios comunes

Horacio CARTOLANO⁸⁵⁷

I. Introducción

El Derecho del Mar constituye una rama del DIPu que regula las relaciones entre los distintos sujetos del DI y el medio oceánico. Desde los inicios de la civilización el mar ha tenido un rol trascendente en la comunicación, la economía, la política, la beligerancia y en distintos órdenes de las relaciones internacionales de los pueblos, y las reglas que han normado su uso han seguido los cambios y paradigmas ideológicos que marcaron la evolución de la Humanidad.

En un primer momento, aquellas reglas fueron las que impusieron los primeros navegantes y comerciantes (fenicios, cartaginenses, romanos, entre otros) y que rigieron como norma consuetudinaria durante siglos, hasta el proceso de codificación que arrancó en el siglo XIX plasmando la costumbre marítima en ley escrita codificada. En esta línea de evolución, no puede permanecer ausente la idea que el mar, en un principio, fue un recurso “horizontal” usado para la navegación, el comercio, la defensa o la recolección artesanal. Con el devenir de los tiempos, dicho recurso se amplió para abarcar la explotación (cada vez más intensiva y con tecnología creciente) de las riquezas naturales existentes en la columna de agua y del lecho y subsuelo. Se generó así una previsible conflictividad de carácter internacional, así como la concepción de nuevos espacios en el medio marino junto a la necesidad de regular la actividad de los Estados frente a desafíos que enfrentan pretensiones de jurisdicción nacional e intereses supranacionales que involucran a la Humanidad, como las cuestiones atinentes a la explotación de la Zona y la pesca de especies

⁸⁵⁷) Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina.

migratorias y transzonales, por brindar sólo ejemplos de la dimensión del problema.

Hoy la disciplina contempla, delimita y regula distintos espacios marinos, a saber, aguas interiores, mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental, alta mar y fondos marinos, intentando un ordenamiento racional y satisfactorio en su uso que satisfaga intereses atendibles de Estados particulares, a la par de los de la comunidad internacional.

II. Historia del Derecho del Mar

Uno de los grandes hitos en la evolución del Derecho del Mar se encuentra constituido por la controversia suscitada entre el holandés Hugo Grocio (tesis sostenida en su obra *Mare Liberum* de 1609) y el inglés John Selden (replicada en su obra *Mare Clausum* de 1635) respecto de la libertad de los mares. Sucede que hacia el siglo XVII en que este debate se produjo, España y Portugal ejercían un dominio monopólico de las rutas marítimas que unían Europa con el floreciente mercado americano, ejercido (por parte de España) a través del sistema de “flotas y galeones” que conectaban dos puertos únicos del Nuevo Continente con la Península Ibérica. Y si bien este sistema sustentaba, de alguna manera, el mercantilismo europeo, España era la gran favorecida, a expensas de la exclusión de otras potencias del Viejo Continente que, en evolución económica, comercial y marítima creciente, pugnaban por incursionar en las rutas comerciales que acaparaba la primera.

Tanto Portugal como España habían obtenido por concesión papal⁸⁵⁸ la exclusividad para colonizar las tierras ubicadas 100 millas náuticas al occidente de la línea meridiana que de polo a polo coincidía con las islas Cabo Verde y Azores -más allá de su imprecisión por falta de coincidencia o alineación geográfica de estos dos últimos archipiélagos- y las vías marítimas correspondientes, mientras que Portugal obtuvo idéntica concesión al oriente de dicha línea. Esta demarcación -ajustada al DI de la época, que la consideraba un modo legítimo de adquisición de territorios- sería desplazada de común acuerdo entre ambos países por medio del Tratado de Tordesillas en 1494, a 370 leguas al occidente del límite fijado por la Bula papal -lo que permitiría a Portugal acceder al nordeste de Brasil y le permitiría un acceso al continente que con el tiempo llevaría al imperio lusitano hasta las costas mismas del Río de la Plata, con su secuela política e institucional para la región, tal como la creación del Virreinato del Río de la Plata en 1776.

II.1. La reacción de la Europa no cristiana -*Mare Liberum vs Mare Clausum*-

Entrado el siglo XVII en Europa central y septentrional, con la autoridad papal mermada y

⁸⁵⁸)Bula Intercaetera, 1493.

cuestionada por la Reforma Protestante del siglo anterior -arraigada tanto en Holanda, recientemente independizada del dominio español en la región, como en Inglaterra-, el cambio de paradigma llegó a la relación entre los Estados y el medio marítimo de la mano del jurista Hugo Grocio. Este iusfilósofo y tratadista holandés sostuvo que el mar no era susceptible de apropiación por ningún Estado y que el comercio marítimo y las vías de navegación son propiedad común por el derecho de gentes -derivación del *Ius communicationis*-. Así, ningún Estado podía ejercer en este espacio su jurisdicción exclusiva ni someter a su soberanía a otro Estado. Por lo que la regla fundamental en el mar era la libertad de navegación.

Esta nueva concepción no sólo era acorde con las corrientes de pensamiento que imperaban en Europa desde el siglo anterior, sino que además reflejaba el interés de las nuevas grandes potencias del litoral atlántico del Viejo Continente en desplazar a España y a Portugal del dominio exclusivo del mar, en la carrera por la obtención de nuevos mercados proveedores de materias primas fuera de Europa. La nueva situación determinó una rivalidad entre Holanda e Inglaterra por la carrera naval, a punto tal que la última -en época de la República de Cromwell- promulgó en 1651 la *Navigation Act* que aseguró que todo el comercio marítimo que se movía desde o hacia puertos de la isla sólo podía ser transportado por buques ingleses, y además estableció una franja de mar -germen del mar territorial- sujeta a la soberanía del ribereño por razones de seguridad, economía y estrategia geopolítica, todo ello auspiciado por la tesis expuesta por John Selden en *Mare Clausum*.

II.2.a. Proceso de Codificación del Derecho del Mar. En el siglo XX, concluida la Segunda Guerra Mundial, se produce un movimiento tendiente a codificar el Derecho del Mar en un *Corpus Iuris*, objetivo que se concreta en 1982 al cabo de la Tercera Conferencia de Derecho del Mar en Montego Bay, Jamaica (Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, CNUDM en mas). En esta convocatoria, adquirió un rol relevante la CDI. Las Conferencias que ella originó -tres en total- no solamente transformaron a *jus scriptum las* normas consuetudinarias relacionadas con diferentes usos del mar, sino que produjeron el desarrollo progresivo del DI toda vez que crearon espacios marítimos nuevos respecto de los cuales hasta la práctica estadual era bien reciente. Citamos a modo de ejemplo, la regulación de la plataforma continental, abordada por la I Conferencia del Mar en una de sus Convenciones, tan solo 13 años después que la proclama Truman -1945- hiciera la primera referencia a tal espacio marítimo.

La codificación del Derecho del Mar reconoce antecedentes tales como la Declaración de París de 1856 y la Conferencia de La Haya sobre codificación del DI de 1930. En la primera se puso fin a la

Guerra de Crimea, acordándose no incautar bienes o mercancías enemigas transportadas en buques neutrales y no incautar bienes de países neutrales situados en buques enemigos. Por otro lado, en la Conferencia de La Haya sobre codificación del DI se reconoció la existencia de una zona contigua, de una extensión máxima de 12 millas marinas.

II.2.b. I y II Conferencia de Derecho del Mar. Entre febrero y abril de 1958 tuvo lugar en Ginebra (Suiza) la I Conferencia de Derecho del Mar, que debatió y trabajó sobre un Proyecto de la CDI, aprobando cuatro convenciones sobre: (i) Mar Territorial y Zona Contigua; (ii) Alta Mar; (iii) Plataforma Continental; (iv) Pesca y Conservación de Recursos Vivos en Alta Mar. Su obra incluyó un Protocolo Facultativo para el arreglo pacífico de controversias. Por falta de consenso, esta conferencia no pudo determinar la extensión del mar territorial. A los fines de salvar esta omisión y resolver otras cuestiones pendientes fue convocada una II Conferencia de Derecho del Mar, también en Ginebra en el año 1960, que no logró resolverlas.

II.2.c. III Conferencia de Derecho del Mar. Entrada la década de 1960, la relación entre los Estados y el medio marino se torna sumamente compleja por la conjugación de varios factores: la contaminación marina⁸⁵⁹; la explotación intensiva de los recursos vivos marinos; la indeterminación del borde exterior de la plataforma continental; la independencia de los Estados archipelágicos con su peculiar condición geo-política; el fenómeno de la descolonización con el surgimiento de Estados que no habían participado en la elaboración de las normas internacionales; el establecimiento de jurisdicciones exclusivas de pesca por parte de varios Estados con litoral marítimo⁸⁶⁰; la extensión proclamada por distintos Estados y organizaciones internacionales respecto de la plataforma continental; la falta de determinación del límite exterior del mar territorial y las crecientes tecnologías aplicadas a la sobreexplotación de los recursos.

Estos cambios exigían una rápida respuesta por parte del DI, que se concretó en la Resolución 2750 AG ONU, que convocó la Tercera Conferencia de Derecho del Mar, cuyas prolongadas sesiones -Nueva York 1973 a Montego Bay 1982- produjeron la mayor convención internacional de la historia del mar -CNUDM- que abarca toda la temática relativa a las relaciones interestatales concernientes a los espacios marítimos y regula todos los usos fundamentales del mar.

Es de destacar la particularidad de las estrategias desarrolladas durante los debates para la obtención de consensos en temas respecto de los cuales existían casi insalvables diferencias, aprobándose

⁸⁵⁹) Por ejemplo, el caso emblemático del Torrey Canyon en 1967.

⁸⁶⁰) Por ejemplo, uno de los más conflictivos, el caso Pesquerías (UK v. Islandia) llevado ante la CIJ en 1974.

normas en “paquetes de negociación”, ligados por recíprocas concesiones que, a la vez, beneficiaban y/o perjudicaban a cada grupo de Estados, lo que trajo aparejado una serie de transacciones estratégicas entre naciones con intereses enfrentados y la aprobación de regulaciones críticas tales como el límite exterior del mar territorial y el régimen para los estrechos internacionales⁸⁶¹.

En rigor de verdad, la Resolución 2750 estuvo precedida por un proceso muy interesante que concluyó con su dictado. En 1968 fue creado un Comité Especial para los usos pacíficos de los fondos marinos y oceánicos ubicados más allá de las jurisdicciones de los Estados. Al año siguiente, fue creada una Comisión Permanente cuyo objetivo fue la elaboración de normas y principios jurídicos para regular los usos de dicho espacio. Al cabo de estos trabajos, la AG adoptó la “Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo más allá de los límites de la jurisdicción nacional” (Resolución 2749 del 17/12/1970) que declara a los fondos marinos “patrimonio común de la Humanidad”, y la Resolución 2750 llamando a la Tercera Conferencia de Derecho del Mar para consensuar un régimen para su explotación. El 30/04/1982, en Montego Bay, Jamaica, fue adoptado el texto elaborado por la Tercera Conferencia de Derecho del Mar⁸⁶², y el 16/11/1993 se depositó el sexagésimo instrumento de ratificación, entrando en vigor el 16/11/1994.⁸⁶³

II.2.d. Evolución posterior. Los Estados desarrollados cuestionaron la regulación de la explotación de los fondos marinos, que establecía un régimen proteccionista que exigía un considerable esfuerzo de las mayores potencias al acceder a los recursos de la Zona. Esta realidad exigía la renegociación de toda la parte II de la CNUDM, por lo que el SG ONU convoca en 1994 a una serie de reuniones oficiosas que conducen a un “Acuerdo acerca de la aplicación de la parte II de la CNUDM”, facilitando la aceptación de las grandes potencias. Otro hito trascendente es el Acuerdo de 1995 referido a la Aplicación de la CNUDM a la Explotación y Ordenación de las Poblaciones de Especies Altamente Migratorias y Transzonales, que tuvo por objeto el desarrollo normativo de los arts. 63 y 64 de la CNUDM concernientes a la problemática de la explotación de las especies más arriba referidas y cuya sobrepesca amenazaba con la extinción de tales poblaciones de peces.

III. Delimitación de espacios marítimos

⁸⁶¹) Barboza, Julio, Derecho Internacional Público, Ed. Zavalia, 2006, pág. 486.

⁸⁶²) Art. 9 Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

⁸⁶³) Art. 308 de la CNUDM. Esta Convención entró en vigor para Argentina en diciembre de 1995.

III.1. Líneas de base: concepto y clases. La CNUDM fija los límites del mar territorial en 12 millas náuticas, e introduce el concepto de Zona Económica Exclusiva, donde se reconoce a los Estados ribereños, derechos soberanos de exploración y explotación sobre los recursos vivos y no vivos del lecho del mar, de su subsuelo y de la columna de agua hasta una distancia de 200 millas náuticas, estableciendo ambas extensiones a partir de las líneas de base.

Las líneas de base a partir de las cuales se delimita el mar territorial pueden ser rectas o normales, según sigan, respectivamente, la línea paralela que marca la bajamar, o bien se delimiten a través de segmentos de recta uniendo ciertos puntos determinados más salientes de la costa. De allí que el trazado de líneas de base que define la CNUDM responda a tres tipos:

(i) normal, a partir de la cual se determina el mar territorial y otras zonas marítimas que corresponden al espejo y columna de agua, y que se define como la línea de bajamar (o bajas mareas) a lo largo de la costa. Esta especie, entonces, sigue la configuración normal de la costa, con sus inflexiones y salientes. Es una curvilínea, cuya aplicación es ideal y natural en costas en las que -como el caso del litoral marítimo de la Provincia de Buenos Aires- no se verifican accidentes geográficos notables.

(ii) recta, las cuales se caracterizan por trazados imaginarios que unen puntos salientes de la costa, seleccionados de conformidad al art. 7 CNUDM. Este sistema es de utilidad en costas dotadas de aberturas o escotaduras acentuadas, o en zonas con presencia de islas, islotes y demás particularidades del terreno que también lo ameriten (art. 7(1,2 y 3) CNUDM).

(iii) archipelágicas rectas, que definen la periferia de un grupo de islas constitutivas de un Estado archipelágico, y que unen las islas más alejadas con una sucesión de rectas trazadas de conformidad con el art. 47 CNUDM.

En síntesis, la importancia de las líneas de base es que a partir de ellas se mensuran todos los espacios marítimos que conforman la “columna de agua”.

III.1.a. Origen jurisprudencial y regulación convencional. El origen del trazado de estas líneas puede ubicarse en el antecedente jurisprudencial de la CIJ **Pesquerías anglo-noruegas**⁸⁶⁴ y aparece fundado en la particular configuración de la costa de Noruega, que verifica profundos fiordos (escotaduras de origen glaciar; antiguos valles hundidos por los hielos de las glaciaciones e invadidos por aguas marítimas a su retiro) y por una cadena de islas e islotes rocosos ubicados al norte del paralelo de 66°, lo que hace muy difícil demarcar el límite interior del mar territorial a

⁸⁶⁴) Reino Unido contra Noruega C.I.J. 19/12/51 Reports, 1951, ps. 116 a 208.

través del trazado de una línea de base normal. Ante esta situación geográfica especial, por decreto dictado en el año 1935, este país nórdico resuelve delimitar su zona de pesca y encierra aguas trazando una línea imaginaria exterior a su muralla de islas rocosas (*skjaergaard*), a partir de la cual se medía el mar territorial de cuatro millas náuticas, por lo que aguas que antes eran consideradas internacionales, ricas en pesca y abiertas a otros Estados, pasaron a ser aguas interiores sometidas a su jurisdicción. Esta decisión gubernamental interna fue cuestionada por el Reino Unido, que impugnó el modo en que Noruega había procedido a encerrar aguas y delimitar su mar territorial, y llevó el caso ante la CIJ. El Tribunal entendió que el proceder de Noruega se encontraba debidamente fundado en la especial configuración de sus costas, y que por lo tanto había procedido conforme al DI. Estableció que la delimitación del mar territorial si bien es un acto discrecional del Estado costero, sólo puede ser legítimamente ejercida si se practica conforme al DI. También consideró que, con independencia del decreto de Noruega de 1935, dicho país venía encerrando las aguas en cuestión – ricos caladeros de pesca – desde hacía 300 años como práctica constante, aceptada por pesqueros ingleses y de otras banderas, con aquiescencia del Reino Unido (teoría del *Stoppel*) y que por lo tanto era oponible a Gran Bretaña. Consideró además que la pesca era la actividad económica de subsistencia de la población noruega costera en la región. Esta decisión inspiró el art. 7 CNUDM.

Tras lo expuesto, surgen claros que el trazado de las líneas de base recta no debe apartarse de modo considerable de la dirección general de la costa; no puede trazarse desde elevaciones que emerjan en baja mar y que las zonas de mar encerradas deben estar suficientemente vinculadas al dominio terrestre para estar sometidas al régimen de las aguas interiores. Un Estado puede determinar sus líneas de base combinando cualquiera de los métodos establecidos en la CNUDM. Argentina⁸⁶⁵ utiliza el método de las más bajas mareas normales para toda la extensión de su litoral marítimo sobre el océano Atlántico, con expresa excepción de los accidentes patagónicos golfos San Matías, San Jorge y Nuevo, en los que aplica el método de las bases rectas, con las limitaciones previstas en el art. 7 CNUDM.

III.2. Derechos sobre el espejo y columna de agua

Las aguas marítimas y oceánicas presentan físicamente un “espejo de agua” identificable con su superficie, y una “columna de agua” relacionada con la masa de agua existente entre la nombrada superficie y el lecho marino. Sobre este espacio existe un régimen jurídico distinto del

⁸⁶⁵) Ley 23068 de espacios marítimos.

correspondiente al lecho y subsuelo. Respecto del espejo y columna de agua, se distinguen cuatro espacios netamente diferenciados: (i) aguas interiores; (ii) mar territorial y zona contigua; (iii) zona económica exclusiva; y (iv) alta mar.

III.2.a. Aguas interiores. Concepto y delimitación. Son aquellas que se sitúan dentro del territorio terrestre del Estado ribereño, eso es, al interior de las líneas de base utilizadas para delimitar el mar territorial (CNUDM art. 8(1)). Dentro de este espacio quedan comprendidas las aguas portuarias, el curso de los ríos de la línea que cierra su desembocadura en el mar hacia adentro (art. 9°) como así también las bahías cuyas costas pertenecen a un solo Estado y que se delimitan con las pautas del art. 10(2) CNUDM. Así, la bahía se define jurídicamente como “toda escotadura bien determinada cuya penetración tierra adentro, en relación con la anchura de su boca, es tal que contiene aguas cercadas por la costa y constituye algo más que una simple inflexión de ésta”⁸⁶⁶ No obstante, para que una escotadura de tales características pueda llegar a ser considerada una bahía, su superficie debe ser igual o inferior a la de un semicírculo que tenga por diámetro la boca de esa escotadura. A su vez, la distancia que une los puntos naturales de entrada de una bahía no debe exceder las 24 millas. Si se verificara un exceso en esta distancia, entonces el Estado ribereño se encuentra legitimado para trazar dentro de la bahía y a su discreción, una línea de base recta de no más de 24 millas de manera que encierre la mayor superficie de agua que sea posible con una traza de esa longitud.

En suma, la delimitación de aguas por el ribereño, para ser sometidas al régimen de las aguas interiores, se encuentra sujeta a dos condiciones: una relacionada con la superficie de la bahía (semicírculo que tenga por diámetro la boca de la escotadura) y la otra con la extensión de su boca (hasta 24 millas náuticas). Se hace excepción de las llamadas “bahías históricas”, así consideradas a pesar que geográficamente no tengan ese carácter, y en las cuales los Estados ribereños han venido ejerciendo su soberanía exclusiva con aquiescencia de terceros Estados, tal el caso de la Bahía de Hudson en Canadá o la Bahía de Delaware en los Estados Unidos.

En las aguas interiores, el Estado ribereño ejerce derechos exclusivos y el ejercicio de su jurisdicción en este espacio no se encuentra condicionado por norma alguna de DI de carácter general. El cierre de puertos sólo se encuentra habilitado por razones extremas y de carácter público.

⁸⁶⁶) CNUDM art. 10.

III.2.b. Régimen del Río de La Plata. Argentina y Uruguay suscriben en 1961 una declaración conjunta – incorporada en el Tratado bilateral de 1973 - por la que establecen que el límite exterior del Río de la Plata está constituido por una línea imaginaria que une Punta del Este en la República Oriental del Uruguay con la Punta Rasa del cabo San Antonio en Argentina - línea equidistante de las costas adyacentes de ambos Estados, la que parte del punto medio de la línea de base-, y a partir de dicho límite comienzan a medirse los distintos espacios marítimos de los respectivos Estados. Nace así el Frente Marítimo, desde el que se establece el mar territorial. Más allá de éste se determinó una zona común de pesca hasta las 200 millas marinas, cuyos centros de trazado están ubicados respectivamente en los mencionados puntos geográficos. Con este Tratado ambos países no sólo establecieron sus límites sino también normas particulares en materia ambiental, pesquera y de seguridad de la navegación, creándose un régimen específico de administración a través de dos Comisiones Binacionales.

III.3. El mar territorial: concepto, evolución y régimen jurídico.

Se trata de la franja de agua adyacente al territorio del Estado y que se encuentra situada más allá de las aguas interiores. Su delimitación, en especial la exterior, trajo aparejadas controversias centenarias. A principios del siglo XVIII un holandés de apellido Bynkershoek asoció la distancia de esta franja de mar a la necesidad de defensa del Estado costero, por lo que el mar territorial tendría una extensión equivalente a la distancia recorrida por una bala de cañón, de manera que la jurisdicción del Estado costero no excedería el alcance de las armas. Hacia 1782 fue el italiano Galiano quien tradujo esa distancia en términos matemáticos asignándole tres millas náuticas (es decir, 5556 metros o una legua marina) equivalentes a una vigésima parte de un grado de latitud. La costumbre fue consolidando este criterio hasta que la práctica estatal comenzó a extender la pretensión de soberanía -desde 4 y hasta 12 millas- en el marco del enfrentamiento entre aquellos países que poseían flotas marítimas importantes y Estados ribereños que reclamaban un mayor espacio donde establecer jurisdicciones exclusivas de soberanía.

Hasta la década de 1950 el binomio mar territorial/alta mar se mantuvo en tensa relación -puja entre el “mar libre” y el “mar cerrado”, y a partir de la época señalada aparecen nuevos espacios marítimos que conducen a un rápido proceso de “territorialización” del océano a expensas de la libertad del mar. (arts. 86 y 87 CNUDM). La CNUDM fijó la extensión del mar territorial en 12 millas náuticas, las que se miden desde las líneas de base.

La soberanía del Estado ribereño es plena en el mar territorial y se extiende al espacio aéreo suprayacente y al lecho y subsuelo de esas aguas. En este espacio, la única limitación impuesta por el DI es el “derecho de paso inocente” a favor de buques públicos y privados de terceros Estados, que se caracteriza como la navegación para atravesar el mar territorial, y que se ejerce bajo las condiciones que la CNUDM establece en los arts. 17 a 26. Se caracteriza por constituir un derecho de circulación inocuo del que gozan buques de todos los Estados, con o sin litoral, para atravesar el mar territorial de otro Estado de manera rápida e ininterrumpida, sin alterar el buen orden, la paz y la seguridad del ribereño. Sólo puede ser restringido por incidentes ordinarios de la navegación o por razones de fuerza mayor, y en caso que se encuentre comprometida la seguridad del ribereño (art. 25 CNUDM). Los submarinos y otros vehículos sumergibles de terceros Estados deben navegar en superficie enarbolando pabellón.

En uso de sus competencias legislativas y jurisdiccionales, el ribereño se encuentra habilitado para reglamentar la navegación, actividades pesqueras, contaminación marina, la investigación científica, infracciones a sus leyes y reglamentos fiscales, de inmigración y aduaneros, entre otras materias enumeradas en el art. 21.

El régimen de la CNUDM prescribe que el Estado ribereño *no debería* ejercer su jurisdicción civil para desviar o detener buques, ni la penal, respecto de barcos de pabellón extranjero o de su tripulación. En cuanto a la primera, establece como excepción, el dictado de medidas cautelares y de ejecución vinculadas directa e inmediatamente con las obligaciones y responsabilidades que el buque del tercer Estado ha contraído por el ejercicio del derecho de paso inocente (por ejemplo créditos emergentes de servicios de remolque y asistencia). En cuanto a la jurisdicción penal, sólo es admitida en casos excepcionales, tales como el tráfico de estupefacientes, o bien si la intervención de las autoridades del Estado costero fuera requerida por la representación diplomática del Estado de pabellón o por su capitán, o en aquellos supuestos en que existe sospecha verosímil de que el delito habrá de propagar sus efectos al territorio del ribereño (art. 27 CNUDM).

En el supuesto de intervención, el ribereño debe notificar, antes de adoptar medida alguna, a un agente diplomático o a un funcionario consular del Estado de pabellón, a los fines de facilitar el contacto entre éstos y la tripulación del buque (arts. 27 y 28).

Los buques públicos gozan de inmunidad y no pueden ser sometidos a una jurisdicción diferente de la del pabellón del buque. Un buque público se caracteriza como aquel que pertenece a las fuerzas armadas de un Estado que lleva los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Estado y su

dotación se encuentra sometida a disciplina militar (art. 29). Si el mismo no acatara las leyes y reglamentos que el costero hubiera dictado para la seguridad de la navegación, el Estado ribereño sólo puede invitarlo a abandonar su mar territorial. El art. 235 del Código Civil y Comercial Argentino incluye al mar territorial dentro de la categoría de bien público del Estado Nacional, y la jurisdicción civil, penal y administrativa es ejercida por las provincias hasta las tres primeras millas y por la Nación desde allí hasta su límite exterior.⁸⁶⁷

III.4. La Zona contigua

Se trata de la franja de mar adyacente al mar territorial y que se extiende hasta un máximo de 24 millas marinas desde las líneas de base. El ribereño tiene jurisdicción limitada a la fiscalización y sanción en materia exclusivamente aduanera, fiscal, migratoria y sanitaria, por hechos acontecidos en su territorio o en su mar territorial. Se trata de una zona *sui generis* en la que el Estado costero ejerce una soberanía funcional, mucho menos intensa que la del mar territorial.

Los arts. 56 y siguientes de la CNUDM permiten al Estado ribereño, reprimir aquellos ilícitos y transgresiones a sus leyes y reglamentos en materia de pesca o de aprovechamiento de la energía de las mareas, de las corrientes o de los vientos, y en el caso de la minería inclusive más allá de las 200 millas si la plataforma continental excediera esa distancia. El Código Civil argentino ya preveía este espacio en el art. 2340 al expresar que, si bien la franja de mar hasta una distancia de una legua marina (conforme el DI de la época que la reconocía hasta las tres millas náuticas, equivalente a la citada en esa norma) se encontraba sometida al dominio público del Estado nacional, la República extendía su jurisdicción para “objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales” hasta la distancia de cuatro leguas (es decir, 12 millas náuticas). La reforma de la ley 17.711 estableció la extensión del mar territorial – siempre sometido a dominio público del Estado conforme su naturaleza – hasta la distancia que determinara la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua. El caos normativo en el derecho interno nacional estuvo dado por la sanción de la ley 17.094 que en su art. 1 declaró un mar territorial de 200 millas náuticas, pero aclarando en su art. 3 que dicho espacio reconocía libertad de navegación y también de sobrevuelo, lo que resultaba incompatible con aquella declaración. Sucede que a la época de la sanción de aquella ley en diciembre de 1966 (que muchos entendieron que constituía la legislación especial a la que aludía la reforma de la ley 17711 al art. 2340 del Código Civil) estaba en formación el espacio que sería posteriormente individualizado como zona económica exclusiva

⁸⁶⁷) Ley 18502.

producto de las diversas reclamaciones de jurisdicción exclusiva de pesca que venían efectuando individual o conjuntamente diversos Estados. La sanción de la ley 23968 en 1991 terminó con cualquier confusión, toda vez que la ley nacional adopta los mismos espacios que la CNUDM (ratificada por la Argentina en 1995).

Históricamente la zona contigua aseguró al Estado ribereño la represión y prevención de aquellos delitos que se cometieran en el territorio del Estado, o bien en el mismo mar territorial, habilitándose la persecución del infractor inclusive si éste ingresara en el alta mar (derecho de persecución en caliente o *hot pursuit*) siempre y cuando existieran razones fundadas para creer que el buque extranjero ha cometido una infracción a las leyes y reglamentos del Estado costero, a condición de no haberla interrumpido (art. 111 CNUDM).⁸⁶⁸

III. 5. Zona Económica Exclusiva

III.5.a. Concepto, extensión y antecedentes. Se trata de un nuevo espacio marítimo incorporado en los debates de la III Conferencia de Derecho del Mar y adoptado en la CNUDM, que regula su uso a partir del art. 55. La Zona Económica Exclusiva (ZEE en mas) se extiende hasta las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base. En este espacio, el Estado ribereño ejerce competencias funcionales circunscriptas a una finalidad económica, por lo que los terceros Estados pueden ejercer en ella aquellas libertades y derechos residuales que se derivan del carácter de alta mar que tuvieron estas mismas aguas hasta la sanción de la CNUDM. Por lo tanto, los buques de terceras banderas gozan de libertad de navegación, sobrevuelo, tendido de cables y tuberías submarinas, entre otros usos compatibles y no contrapuestos con las atribuciones que esta parte de la Convención acuerda al costero⁸⁶⁹.

La ZEE constituye un espacio marítimo *sui generis* que ha venido a romper el binomio clásico entre mar territorial y alta mar, y que ha sido reconocido normativamente como resultado de las reivindicaciones de los Estados ribereños reclamando jurisdicciones exclusivas de pesca y explotación de recursos vivos y no vivos de la columna de agua, lecho y subsuelo de las áreas marítimas adyacentes a sus mares territoriales y en los que se encuentran la mayor parte de las poblaciones de peces en razón de la disponibilidad de luz solar y alimentos que las aglutinan en aguas de poca profundidad próximas a las costas.

Como antecedente, cabe destacar la Proclama del presidente de EEUU Harry Truman -1945-,

⁸⁶⁸) Esta institución registra notables antecedentes en el derecho anglosajón y particularmente en los Estados Unidos en ocasión de la lucha contra el contrabando y la "ley seca" en la década de 1920.

⁸⁶⁹) Art. 58 CNUDM.

mediante la cual reservó el derecho de su país a establecer zonas de conservación en los espacios adyacentes a sus costas (germen del espacio marítimo en análisis y asimismo de la plataforma continental). A esa manifestación siguieron la Declaración presidencial chilena de junio de 1947, la peruana del mismo año y la Declaración de Santiago, formulada conjuntamente por Chile, Perú y Ecuador en agosto de 1952, las que tuvieron por objeto afirmar la soberanía de los declarantes y su jurisdicción en el mar hasta una distancia de 200 millas náuticas, invocando la necesidad de preservar los recursos vivos del mar. Este ejemplo fue seguido tanto por otros países latinoamericanos (Declaración de Montevideo de 1970, de Santo Domingo de 1972) como africanos (Yaundé de 1972) o asiáticos (Sri Lanka de 1971). También numerosas disposiciones de derecho interno reivindicaron un mar patrimonial de 200 millas náuticas, como la ley 17.094 de Argentina ya citada.

III.5.b. Derechos del Estado ribereño. Conforme el art. 56 CNUDM, se reconocen al Estado ribereño derechos de soberanía sobre la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y subsuelo del mar, y respecto de otras actividades económicas, como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos. A su turno, detenta derechos de jurisdicción respecto de: (i) el establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras; (ii) la investigación científica marina y (iii) la protección y preservación del medio marino. A los fines de hacer cumplir las leyes y reglamentos que el Estado ribereño dicte para la exploración, explotación, administración y conservación de los recursos de la ZEE, puede tomar las medidas que considere necesarias. Estas medidas, previstas en el art. 73 CNUDM, van desde la visita hasta la inspección e inicio de procedimientos judiciales.

Los buques apresados y su tripulación deben ser liberados con prontitud, conforme limitaciones expresamente previstas en la Convención, previa constitución de una fianza razonable⁸⁷⁰, u otra garantía equivalente. También prohíbe la Convención que el ribereño aplique penas privativas de la libertad como sanción a la violación a las leyes y reglamentos de pesca, a la vez que prescribe la obligación del costero de notificar inmediatamente al Estado de pabellón, por el conducto pertinente, las actuaciones y las sanciones aplicadas.

III.5.c. Intervención de terceros Estados. Captura máxima permisible. El art. 56 CNUDM

⁸⁷⁰) Cuyo contenido fue interpretado por el Tribunal de Derecho del Mar en el caso “Volga” Federación Rusa vs. Australia, 07/04/2002.

refiere que el Estado ribereño tiene derechos de soberanía concernientes a la administración y conservación de los recursos vivos y no vivos de la ZEE. Esto ha sido entendido como un mandato ecológico direccionado al ribereño, que lo hace responsable por las medidas de conservación (especialmente de los recursos ictícolas) existentes en este espacio sometido a su jurisdicción. Conforme con esto, el costero debe determinar la captura máxima permisible de los recursos vivos de la ZEE (art. 61) a fin de no comprometer la supervivencia del recurso. Otra obligación convencional del ribereño es la adopción de medidas adecuadas de conservación y administración de los recursos vivos de la zona, cuyo contenido y alcance es formulado sobre la base de los datos científicos más fidedignos de que disponga el Estado.

Las medidas en cuestión tienen la finalidad de preservar o restablecer las especies capturadas a niveles que puedan producir su utilización óptima con arreglo a los factores ambientales y económicos pertinentes, incluyendo entre estos últimos las necesidades económicas de las comunidades pesqueras, la interdependencia de las poblaciones (especialmente la relación entre las capturadas y las que se encuentran asociadas o dependientes de ellas), las modalidades de la pesca, y otros estándares internacionales. Entre éstos mencionamos zonas específicas y épocas de veda, abstención de capturar juveniles, reglamentación de artes de pesca, grosor de las mallas de red, cupos de pesca, obligación de contratar personal nacional o de abastecerse o reabastecerse en puertos nacionales, condiciones de faena, etc... A su turno, y una vez determinada la máxima captura permisible por especie, el ribereño debe determinar su propia capacidad de captura (art. 62). En caso que el ribereño no tenga capacidad para explotar el total, tiene la obligación de dar acceso al excedente a otros Estados, mediante acuerdos o arreglos

El art. 69 CNUDM reconoce a los Estados que no poseen litoral marítimo o que carecen de ZEE, el derecho de participar sobre una base equitativa de los recursos vivos de las ZEE de los Estados ribereños de la misma región o subregión, siempre y cuando se verifiquen los excedentes comentados. La CNUDM entiende por Estados en situación geográfica desventajosa a los ribereños de mares cerrados o semicerrados cuya situación geográfica les haga depender de la explotación de los recursos vivos de las ZEE de otros Estados de la subregión o región para satisfacer adecuadamente las necesidades nutricionales de su población o parte de ella (art. 70(1)).

III.5.d. Especies altamente migratorias, transzonales y afines. Son especies altamente migratorias aquellas que en su curso vital atraviesan grandes distancias (como el atún) y por lo tanto, son susceptibles de ser capturadas en las distintas ZEE por las que circulan en su ruta

biológica, o inclusive, en el alta mar. A su vez, son especies transzonales, aquellas que se desplazan por distintas ZEE de diferentes Estados, o bien sus stocks cabalgan entre una ZEE determinada y el Alta Mar. Situación similar padecen otras poblaciones de peces afines, tal es el caso de las especies anádromas que, como el salmón, se caracterizan por desovar en aguas dulces y luego emigrar hacia el mar y volver al río para culminar su ciclo vital, y las especies catádromas que, como la anguila, describen el ciclo vital inverso. Los arts. 63 a 67 CNUDM prescriben un sistema de cooperación entre el Estado ribereño y los terceros Estados interesados en la captura de las especies referidas a ser canalizado en acuerdos directos o bien por vía de organizaciones internacionales. La NAFO (*North Atlantic Fisheries Organization*) sería un ejemplo de la cooperación internacional relacionada con las actividades pesqueras en el océano Atlántico norte. Sólo en el caso de poblaciones de peces anádromas y catádromas se establece la responsabilidad prioritaria de los Estados en cuyas aguas se originen (las primeras) o pasen la mayor parte de su ciclo vital (las segundas), y por lo tanto el deber de adoptar las medidas conservatorias y administrativas apropiadas.

III.6. El Alta Mar

III.6.a. Concepto y caracterización: Tanto en la época clásica como en los términos de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Alta Mar, este espacio fue definido como la zona del mar que se extendía más allá del mar territorial. Actualmente, dado el proceso de territorialización de los espacios marítimos ya comentado, la CNUDM ha optado por una caracterización residual del alta mar, definiendo este espacio como todas las partes del mar no incluidas en la ZEE, en el mar territorial, en las aguas interiores de un Estado ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico⁸⁷¹. Díez de Velasco define al Alta Mar como la superficie y columna de agua situada fuera de las 200 millas. En este espacio ningún Estado puede ejercer soberanía, ya que se encuentra abierto a todos los Estados, cuenten o no con litoral marítimo. El art. 87 CNUDM contiene una enumeración enunciativa de las libertades que se reconocen en alta mar: (i) derecho de navegar; (ii) de sobrevuelo; (iii) de tender cables y tuberías submarinas; (iv) de construir islas y otras instalaciones científicas; (v) de pescar; (vi) de investigación científica. Estas libertades no son absolutas y deben respetar las normas de la Convención. Por otra parte, la misma CNUDM impone que este espacio debe ser utilizado exclusivamente con fines pacíficos⁸⁷² y se encuentra prohibido

⁸⁷¹) Art. 86 CNUDM.

⁸⁷²) Art. 88 CNUDM. "Utilización exclusiva de la alta mar con fines pacíficos. La alta mar será utilizada exclusivamente con fines pacíficos".

cualquier tipo de actividad militar.

III.6.b. Libertad de navegación y sobrevuelo. Jurisdicción en alta mar. En lo que concierne a la primera de las libertades citadas, todos los Estados, con o sin litoral marítimo, tienen el derecho a que los buques que enarbolen su pabellón naveguen en Alta Mar. Según el art. 91 CNUDM, los buques poseen la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar, y sobre ellos el Estado del pabellón tiene jurisdicción exclusiva, lo que trasunta la aplicación de las leyes y reglamentos de dicho Estado. La libertad de sobrevuelo implica que todas las aeronaves de cualquier Estado tienen derecho a sobrevolar el alta mar. Asimismo las personas, los bienes y las relaciones jurídicas se encuentran sometidas a la jurisdicción de ese país. Todo buque debe navegar bajo el pabellón de un solo Estado, y en caso que lo haga bajo pabellones de dos o más Estados, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades, pudiendo ser considerado buque sin nacionalidad. Existen no obstante, ciertas excepciones al principio de sometimiento de la ley del pabellón. Tales los casos de piratería, abordaje, tráfico de esclavos, así como transmisiones no autorizadas de radio o televisión y el derecho de persecución. Los buques de guerra o aeronaves militares que lleven signos claros y resulten identificables como buques o aeronaves al servicio gubernamental, se encuentran legitimados a ejercer el llamado derecho de visita, cuando existan motivos razonables de sospecha respecto a que el buque extranjero es parte de un hecho ilícito. Si esta facultad no se apoyara en motivación suficiente, acarrearía la responsabilidad internacional del Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave.

En cuanto al supuesto de transmisiones no autorizadas de radio o televisión, difundidas desde un buque o instalación en alta mar, y dirigidas al público en general, en violación de los reglamentos internacionales, la jurisdicción se amplía al (i) Estado donde esté registrada la instalación; (ii) Estado de su nacionalidad; (iii) cualquier Estado donde se reciban las transmisiones; (iv) cualquier Estado cuyos servicios autorizados de radiocomunicación sufran interferencias. Respecto del tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, la Convención impone la obligación de cooperación a todos los Estados, habilitando a que aquel Estado que tenga motivos razonables, a la inspección y eventual represión. Estos casos excepcionales nunca pueden afectar a los buques de guerra ni a los pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial, ya que ambos gozan de inmunidad de jurisdicción.

III.6.c. Libertad de tender cables y tuberías submarinos. Todos los Estados poseen este derecho.

El tendido puede efectuarse en el lecho del alta mar más allá de la plataforma continental, pero siempre teniendo en cuenta no dañar las instalaciones ya existentes. Así, todo Estado dictará las leyes y reglamentos necesarios para que constituyan infracciones punibles la ruptura o el deterioro de cables o tuberías submarinos. Sin embargo, esto no se aplicará a las rupturas ni a los deterioros cuyos autores sólo hayan tenido el propósito legítimo de proteger sus vidas o la seguridad de sus buques, después de haber tomado todas las precauciones necesarias para evitarlas.

III.6.d. Libertad de construir islas artificiales y otras instalaciones. Esta facultad consiste en que todo Estado es libre de construir en alta mar islas artificiales o cualquier otro tipo de instalación permitida por el DI.

III.6.e. Libertad de pesca. En materia de pesca, el alta mar ha estado tradicionalmente dominado por el principio de libertad y, consecuentemente, todos los Estados, ribereños o sin litoral, tienen derecho a que sus nacionales realicen actividades de pesca sujeto a límites. La CNUDM establece el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para la conservación de los recursos vivos de alta mar en relación con sus respectivos nacionales, o de cooperar con otros Estados en su adopción. Además, dispone el deber de los Estados de cooperar entre sí en la conservación y administración de los recursos vivos en las zonas de Alta Mar.

La CNUDM restringe la libertad de pesca en sus arts. 117 a 120 y el DI también se integra con otras normas convencionales de carácter multilateral y bilateral (como la Convención de Pesca del Atlántico Norte de 1964) que resultan de aplicación a los países firmantes. La problemática planteada por las especies altamente migratorias y transzonales ha determinado el dictado de normas tendientes a su ordenación y explotación. En 1995, se firmó en Nueva York el Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativas a la Conservación y Ordenación de las Poblaciones de Peces Transzonales y de las Poblaciones de Peces Altamente Migratorias (UNFSA), que desarrolla los arts. 63 y 64 CNUDM, afirmando un deber de colaboración entre los Estados interesados en la pesca en alta mar y los Estados ribereños. El art. 5 UNFSA prescribe la obligación de los Estados en la adopción de medidas de conservación y gestión de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, estableciendo los principios generales en los que deben basarse esas medidas. Su fundamento reposa en la propia CNUDM y en el concepto de pesca responsable recogido en la Declaración de Cancún (1992). Su fin es establecer estándares mínimos de ordenación para asegurar

la supervivencia a largo plazo de los stocks referidos mediante la promoción de su aprovechamiento sostenible, aplicando el principio de precaución (art. 6 UNFSA) respecto de aquellos recursos sobre los cuales se carece de información científica fidedigna.

III.6.f. Libertad de investigación científica. En alta mar rige el principio de libertad de investigación científica. Los resultados de las investigaciones que se realicen en esta zona deben tener fines pacíficos (art. 88 CNUDM) y en beneficio de la humanidad. No se permiten las actividades militares, ni investigaciones o instalaciones que afecten alguna de las actividades permitidas. En 1963 se firmó el Tratado de prohibición de pruebas con armas nucleares en la atmósfera, en el espacio ultraterrestre y bajo el agua, que prohíbe la realización de explosiones de prueba con armas nucleares en varios espacios, entre ellos el alta mar.

III.7. La Plataforma Continental.

III.7.a. Concepto y delimitación. La Plataforma Continental se define como aquel espacio que comprende el lecho y el subsuelo de las áreas marinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación 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 cuando el borde exterior del margen continental no llegare a esa distancia. Como realidad geográfica, comprende la prolongación sumergida de la masa continental de un Estado costero y está constituido por el lecho y el subsuelo de tres sectores bien diferenciados: la plataforma continental propiamente dicha, caracterizada por su escasa profundidad; el talud continental, que representa un declive más pronunciado que culmina en el pie del talud, a partir del cual arranca el margen continental, que es la emersión continental, cuyo punto cúlmine es el borde exterior. Sobre este espacio el Estado ribereño ejerce derecho de soberanía para la exploración y explotación de sus recursos naturales, con carácter exclusivo, como se ha visto en párrafos anteriores. Estos derechos se extienden tanto a los recursos vivos como no vivos limitados, en este último caso, a las especies sedentarias⁸⁷³.

Sólo para el caso en que el ribereño explotase recursos naturales de la plataforma continental más allá de las 200 millas, un porcentaje del producido de esa explotación debe ser cedido a favor de la Autoridad de los Fondos Marinos, la que lo redistribuye entre los Estados parte de la CNUDM,

⁸⁷³) Art. 77 para.s 3 y 4 CNUDM y caso antecedente de la “Guerra de la Langosta” entre Brasil y Francia referido a la condición de esta especie para ser considerada recurso propio del ribereño de la plataforma o sometida a la libertad de pesca por terceros Estados.

sobre criterios de distribución geográfica teniendo en cuenta los intereses y necesidades de los países en desarrollo y con particularidades geográficas⁸⁷⁴. Los derechos reconocidos a favor del Estado ribereño no afectan la condición jurídica de las aguas suprayacentes y tampoco la del espacio aéreo situado sobre tales aguas, por lo que su ejercicio no debe afectar ni la libre navegación ni ningún otro derecho previsto en la Convención a favor de terceros estados.

Cabe consignar la existencia de países denominados “marginalistas” que, como Argentina, Canadá o Australia, tienen extensas plataformas continentales, de suave declive, que se internan mucho más de 200 millas en sus respectivas aguas oceánicas, y que en el debate de la III Conferencia de Derecho del Mar plantearon su peculiar condición para obtener el reconocimiento de derechos sobre los que -en definitiva- constituye la prolongación de su territorio terrestre por debajo del mar. Por otro lado, un conjunto de naciones -como los países americanos que dan al océano Pacífico en los cuales la cordillera de los Andes se hunde abruptamente en el mar-, rechazaba el criterio de la profundidad, pues en la práctica se les negaba el derecho a tener una plataforma continental, y exigieron una redacción de la Convención que les asegurara una porción de ese espacio.

Armonizando las posiciones expuestas, el art. 76 CNUDM precisa el límite exterior de la plataforma continental, caracterizando este espacio como la prolongación natural del territorio del Estado costero hasta el borde externo del margen continental o hasta una distancia de 200 millas náuticas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide el ancho del mar territorial, en los casos que el borde exterior del margen continental no llegue a tal distancia.

El borde exterior se determina en la distancia de 200 millas náuticas (coincidente con la ZEE y con los términos en que esta es descrita en el art. 56 de la CNUDM), o a mérito de las máximas distancias que puede invocar el estado costero (350 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base o 100 millas a partir de la isobata de 2500 metros de profundidad, es decir, de las líneas que unen iguales puntos de profundidad media a 2500 metros).

El art. 76 de la CNUDM, a los fines de la exacta determinación del borde exterior del margen continental en los casos en que éste exceda de las 200 millas náuticas medida desde las líneas de base desde las cuales se mide el ancho del mar territorial, establece que el ribereño puede:

- (i) trazar líneas rectas de hasta 60 millas de longitud que unan puntos fijos, definidos mediante coordenadas de longitud y latitud, en cada uno de los cuales el espesor de las rocas sedimentarias sea por lo menos el uno por ciento (1%) de la distancia más corta entre ese punto y el pie del talud;
- (ii) o bien trazar líneas rectas de la misma longitud y precisión que las anteriores, pero que unan

⁸⁷⁴) Art. 82 de la Convención.

puntos fijos situados a no más de 60 millas náuticas contadas a partir del pie del talud.

La primera de las fórmulas es conocida como teoría del espesor de las rocas sedimentarias y fue propuesta por un geólogo de origen irlandés (Gardner) y se encuentra enraizada en la constitución característica y propia de la plataforma continental, de manera tal que un espesor menor al 1% de la distancia del punto de medición con la que lo separa del pie del talud trasunta la desaparición de este tipo de suelo y la irrupción de la roca basáltica que informa las profundidades abisales. La segunda fue propuesta por otro geólogo norteamericano (Hedberg) y persigue la misma finalidad, pero con un criterio más lineal y menos casuístico.

III.7.b. Evolución Histórica. Desde mitad del siglo XX, la conjunción de necesidades energéticas y el desarrollo de la tecnología, condujo a la exploración y explotación de recursos naturales situados en el subsuelo marino. El DI consuetudinario no resolvía la cuestión de la titularidad de derechos sobre los recursos allí situados. Diversos Estados comenzaron a formular reivindicaciones relativas a la plataforma continental, iniciando un nuevo capítulo del derecho del mar.

La III Conferencia ONU sobre el Derecho del Mar logró una negociación conjunta para ambos espacios marítimos, la zona económica exclusiva y la plataforma. En el régimen actual han cambiado los criterios de delimitación a fin de dar satisfacción a dos categorías de Estados. Por un lado, se han tenido en cuenta los intereses de los países ribereños que no disponían de plataforma continental en sentido geológico o bien, era de escasa dimensión. A tales países se les reconoce ahora la facultad de ejercer derechos soberanos hasta una distancia de 200 millas con independencia de la profundidad. Ahora bien, la aplicación incondicionada del criterio expuesto hubiera supuesto el desconocimiento de los derechos adquiridos por los llamados Estados con plataforma alta o de extensión superior a las 200 millas. Por esto, la convención utiliza dos criterios alternativos: la plataforma continental en sentido geológico y el de las 200 millas. El art. 76(1) de la CNUDM dice:

"la plataforma continental de un estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de unas 200 millas marinas contada desde las líneas 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".

Por último, la CNUDM establece un régimen particular para la llamada plataforma amplia, definiendo su art. 76(3) al margen continental como "la prolongación sumergida de la masa continental del estado ribereño", y agrega que está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental (sin comprender el fondo oceánico).

III.7.c. Determinación de la plataforma continental argentina. Las normativas desarrolladas y emitidas por la CNUDM tienen aplicación global. La reunión de los Estados que forman parte de esa Convención estableció la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (en adelante CLPC), con lo cual lo validado por dicho organismo tiene legitimidad política y jurídica. Para que un Estado ribereño pueda adquirir derechos sobre plataformas continentales amplias, es decir, más allá de las 200 millas náuticas deberá cumplir rigurosamente determinados pasos.

En primer lugar, debe entregar a la CLPC un informe donde figure su pretensión de derechos sobre una determinada superficie delimitada en un presentación cartográfica, tarea que debe realizar considerando el conjunto de fórmulas o directrices científico-técnicas desarrolladas por la Convención, las áreas pretendidas, fundadas en complejos análisis científicos, con intervención de especialistas de múltiples disciplinas. Cumplido este punto, la CLPC revisa el reclamo, a través de una subcomisión que examina los argumentos esgrimidos en la solicitud más la información técnica aportada como respaldo y los mapas que la acompañan. La CLPC puede solicitar reuniones aclaratorias con el Estado ribereño, así como formular recomendaciones. Concluido el análisis, emite sus recomendaciones, que deben ser aprobadas por el plenario.

La Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental (en adelante COPLA) fue creada mediante ley Argentina 24815 y consiste en una comisión interministerial (Hacienda, Relaciones Exteriores y Defensa - Servicio de Hidrografía Naval) bajo la dependencia directa del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Fue constituida el 20/04/1998.⁸⁷⁵ La COPLA realizó un relevante trabajo de recopilación de datos hasta contar con aproximadamente 5200 registros de información de carácter geofísico, geológico, batimétrico, cartográfico y geodésico, entre otros. En 21/04/2009 Argentina presentó ante la CLPC sus estudios sobre la plataforma continental con los límites de su pretensión, en cumplimiento de lo normado por el art. 76(8) CNUDM, y la misma fue aceptada el 11/03/2016. En su presentación, Argentina desarrolla la fundamentación científica del límite exterior de la plataforma continental pretendida, apoyada en datos científicos y técnicos y con abundante apoyo bibliográfico.

III.8. Fondos marinos y oceánicos. Antecedentes

En la I Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1958), en la cual se elaboró la Convención sobre plataforma continental, no se tuvo en cuenta las posibilidades efectivas de

⁸⁷⁵) Varios organismos del Estado participaron también en la investigación científica, tales como universidades, CONICET, CONAE, Instituto Antártico Argentino, etcétera.

exploración y explotación de recursos minerales existentes en los grandes fondos abisales de los océanos. Las previsiones se vieron muy pronto superadas por el veloz avance tecnológico, logrando el uso sustentable de mayores espacios subacuáticos. Cuando a mediados de 1960 se comienzan a vislumbrar las riquezas yacentes en este espacio, se hacen evidentes los inconvenientes del criterio funcional de explotabilidad utilizado en 1958. Una interpretación literal del concepto de plataforma continental contenido en la Convención hubiera provocado una repartición de los fondos abisales de los océanos entre los Estados más favorecidos por la geografía o por la tecnología.

En 1967, la delegación de Malta en las Naciones Unidas solicitó que se incluyera en el programa provisional de la XXII Sesión de la AG la Declaración y Tratado relativos a la utilización exclusiva con fines pacíficos de los fondos marinos y oceánicos más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales (...) y la explotación de sus recursos en interés de la Humanidad. Fue así como, en ese mismo año Arvid Pardo, embajador maltés, hizo una declaración en la Comisión nombrada, proponiendo la adopción de un acuerdo conforme el cual tanto el lecho del mar como el fondo del océano, más allá de los límites de la jurisdicción nacional, no fueran susceptibles de apropiación por ningún Estado, y que la exploración se efectuara conforme los propósitos y principios de la Carta ONU y en interés de toda la Humanidad, reservándose este espacio exclusivamente para fines pacíficos. Fue así como, la Asamblea creó la Comisión especial de Fondos Marinos y declaró el 17/12/1970⁸⁷⁶ que los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, más allá de los límites de las jurisdicciones nacionales, así como sus recursos, constituyen patrimonio común de la Humanidad, con incidencia directa e inmediata en el art. 136 de la CNUDM.

El problema medular se relacionó con la interpretación del principio por parte de los diferentes Estados agrupados en bloques ideológicos enfrentados: por un lado, algunos países lo interpretaban en el marco de los postulados del DI clásico, mientras que otros concebían el principio de acuerdo a los patrones del DI contemporáneo. La primera correspondía a Estados industrializados, para quienes la futura Autoridad Internacional de los Fondos Marinos sería una simple organización de coordinación, limitada a otorgar licencias a Estados y personas físicas o jurídicas. La segunda interpretación correspondía a los Estados en desarrollo, para quienes el organismo debería contar con poderes decisorios y una estructura democrática, con funciones que comprenderían la explotación directa y exclusiva de la zona.

III.8.a. Régimen de explotación. Las negociaciones entre ambos grupos arrojaron un principio de

⁸⁷⁶) Resolución 2750 AGNU.

acuerdo. La esencia del consenso alcanzado durante el XI período de sesiones de la III Conferencia de Derecho del Mar reside en el llamado sistema paralelo. Durante los debates de la Comisión preparatoria y de la propia Conferencia se discutió quién y cómo podía explorar y explotar los recursos de la zona. Se consideraron tres tipos de respuestas:

- (i) la explotación y exploración directa y exclusiva de los Estados y personas jurídicas o físicas, a través de las licencias que otorgase la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos;
- (ii) la exploración o explotación directa y exclusiva por la Autoridad a través de su órgano operativo, que sería Empresa; y
- (iii) sistemas mixtos, partidarios de la simultaneidad de la exploración y explotación por la Autoridad y por los Estados o personas.

Como figura de transacción, se arribó a una modalidad mixta. El compromiso condujo a la incorporación convencional de un sistema paralelo de exploración y explotación de la zona por dos ramas diferenciadas: la rama institucional y la descentralizada. En la primera, la explotación de los recursos de la zona se realizaba por la Empresa de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos; en tanto en la segunda, la explotación corría a cargo de los Estados y personas físicas y jurídicas bajo el control de los Estados que hubiesen celebrado un contrato con la Autoridad. Ello conllevaba, a su vez, el reparto de la zona en dos mitades. La Parte XI de la Convención (arts. 153 a 191) marcó el nacimiento quebrantado de la Convención, ya que el sistema paralelo nunca iba a funcionar si en el inicio no contaba con el apoyo y participación financiera-tecnológica de los Estados desarrollados. Desde el punto de vista meramente institucional, la Parte XI establece un mecanismo de regulación apoyado en la Autoridad de los Fondos Marinos, cuya función consiste en la organización y control de las actividades en la Zona y sus recursos, compuesta de tres órganos:

- (i) Asamblea: integrada por representantes de todos los Estados parte y concebido como el órgano supremo de la Autoridad encargado de diseñar y la política a seguir por la Autoridad;
- (ii) Consejo: como órgano ejecutivo de la Autoridad destinado a establecer las políticas concretas de la Autoridad dentro del ámbito de su competencia, integrado por 36 miembros cuya representación responde a diversos criterios; y
- (iii) Empresa: órgano comercial de la Autoridad a través del cual este organismo lleva a cabo sus actividades industriales y comerciales.

III.8.b. Acuerdo de 1994 relativo a la parte XI de la CNUDM. A poco tiempo de la entrada en vigor de la Convención, se advirtió que era necesaria la revisión de la Parte XI, eje base de los

rechazos de las potencias. Fue así como la última ronda de consultas oficiosas auspiciadas por el Secretario General ONU Boutros Boutros- Ghali terminó con éxito en junio de 1994, permitiendo a la AG adoptar la Res. 48/663, que incorpora un instrumento denominado Acuerdo Relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Aunque el acuerdo mencionado se denomine oficialmente como de aplicación, su finalidad fue superar el rechazo de EEUU y otros Estados industrializados. Los puntos salientes del Acuerdo son:

- (i) consagra el criterio evolutivo en el funcionamiento de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, asignándole funciones limitadas, rebajando sus gastos de funcionamiento;
- (ii) la Empresa, en cuanto órgano operacional de la Autoridad, se crea sólo cuando sea rentable la explotación de los recursos de la zona y se la coloca en igualdad de condiciones con los contratistas privados;
- (iii) se instaura el consenso como modo principal de adopción de decisiones;
- (iv) se descarta la obligatoriedad de los contratistas de la rama privada, de transferir tecnología a la Empresa de la Autoridad;

A modo de conclusión, si se compararan las exigencias expresadas por los Estados industrializados durante la Tercera Conferencia con el Acuerdo de 1994, se concluye que la Convención ha sido modificada para asegurar que los Estados industrializados con interés en la explotación de la Zona fortalezcan su posición y puedan efectivamente influir en las decisiones relativas a la administración de los fondos marinos y oceánicos.

IV. Solución de Controversias en torno de la interpretación y aplicación de la CNUDM

IV.1. Principios rectores

A diferencia de las Convenciones adoptadas en Ginebra 1958, la Convención de 1982 ha dado un paso importante en este terreno ya que reglamenta los mecanismos de solución de controversias. Asimismo, el hecho de que la Convención haya sido elaborada bajo el espíritu del consenso, ha dado lugar en muchos casos a la producción de textos ambiguos, que motivan, a su vez, interpretaciones diferentes, dudas y conflictos al momento de su aplicación. De esta manera se dispone que toda controversia relativa a la interpretación o aplicación de la CNUDM, en la medida en que no haya podido ser resuelta por otros medios, se someterá a petición de cualquiera de las partes, a la Corte o Tribunal que sea competente.

El art. 287 de la CNUDM deja en libertad a los Estados para elegir uno o varios de estos foros en el momento de firmar o ratificar la Convención, o adherirse a ella, o en un momento posterior. Así,

puede optarse por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia, un Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Anexo VII de la CNUDM, o un Tribunal Arbitral Especial constituido de acuerdo al Anexo VIII si la controversia versa sobre pesquerías, protección y conservación del medio marino, investigación científica marina, navegación y contaminación causada por buques y por vertimiento. Si un Estado parte en una controversia no ha hecho la declaración, se prevé que ha aceptado el procedimiento arbitral (art. 287(3)). Si las partes no han aceptado el mismo foro, el arbitraje se configura como el procedimiento residual. La III Conferencia se vio obligada a admitir importantes limitaciones a la jurisdicción obligatoria, establecidas en el art. 297, entre las que se encuentran las relativas a la investigación científica y pesca en la ZEE. Por su parte, para las controversias relacionadas con la exploración y explotación de los fondos marinos y oceánicos la Convención ha creado, dentro del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos, cuya jurisdicción es obligatoria además de especializada y en la que tienen derecho de acceso no sólo los Estados sino también la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, la Empresa y los particulares.

En conclusión, la CNUDM establece como principio general la solución jurisdiccional obligatoria, crea nuevos órganos y procedimientos, e instaura un mecanismo especial de naturaleza jurisdiccional para las controversias derivadas de las actividades en la Zona.

IV.2. El Tribunal Internacional de Derecho del Mar

Este Tribunal, con sede en Hamburgo, está compuesto por 21 jueces de la más alta reputación, quienes resultan elegidos por los Estados miembros de la Convención, siendo que dicha composición debe garantizar un reparto geográfico equitativo, con un mínimo de tres puestos por cada grupo geográfico establecidos por la AGNU, sin que haya más de un nacional de cada Estado parte. El Tribunal puede entender en todos los casos que le fueren sometidos conforme a las disposiciones de la CNUDM. A su vez, va a entender en todas las cuestiones previstas en acuerdos en los cuales las partes pacten su competencia. Sus fallos tienen el carácter de definitivos y obligatorios para las partes. La Sala de Controversias de los Fondos Marinos constituida en su seno, entiende en controversias tales como diferencias entre Estados parte con respecto con la interpretación o aplicación de la convención; conflictos entre la Autoridad y un Estado parte referidos a actos u omisiones sea de uno u otro en violación de la CNUDM; extralimitaciones por parte de la Autoridad en sus funciones y diferendos entre partes con respecto a la aplicación o interpretación de un contrato pertinente o de un plan de trabajo, o los actos y omisiones de una parte

contratante relacionados con las actividades en la zona que afecten a la otra parte o menoscaben sus intereses legítimos.

V. Situaciones especiales

V.1. Estrechos internacionales

Con motivo de la ampliación de la franja de mar en la que el Estado ribereño ejerce su soberanía y constituye el mar territorial, quedaron territorializados varios estrechos internacionales estratégicos, hasta entonces sometidos al régimen del Alta Mar que les concedía libertad de navegación. Como ejemplos, señalamos, el estrecho de Gibraltar entre África y la Península Ibérica.

Un estrecho internacional es un paso angosto entre costas que pone en comunicación una parte de alta mar o de una zona económica exclusiva con otra parte de alta mar o de una zona económica exclusiva, y que además se encuentra destinado a la navegación internacional, condiciones bajo la cuales se encuentra sometido al régimen que se explica más abajo, sin importar si se trata de un paso obligatorio o facultativo. La CNUDM contemple un régimen (arts. 34 a 45) que acuerda a los terceros Estados el derecho de paso en tránsito, caracterizado por una circulación rápida e ininterrumpida de buques públicos y privados de terceras banderas (incluyendo submarinos que pueden navegar los estrechos sumergidos), los que deben avanzar sin demora, absteniéndose de cualquier actividad ajena a dicho paso rápido e ininterrumpido. El derecho de paso en tránsito mantiene algunas diferencias con el derecho de paso inocente, libertad reconocida en el mar territorial. Si bien en las aguas de los estrechos los buques deben acatar los reglamentos, procedimientos y prácticas internacionales de seguridad en el mar y de prevención y control de la contaminación marina, existe un mandato dirigido al Estado ribereño para que éste no obstaculice el paso en tránsito a fin de hacer valer sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, inmigratorios o sanitarios. Sólo puede negar el paso, fundado en razones de necesidad o gravedad. Por su parte, el art. 25 CNUDM faculta discrecionalmente al ribereño a suspender temporalmente y en determinadas áreas de su mar territorial, el paso inocente de buques extranjeros, atribución que no se concibe en aguas de los estrechos internacionales. Cabe consignar que paralelamente al régimen de la CNUDM, existen regímenes jurídicos especiales en virtud de acuerdos que coexisten con las normas comentadas, como el estrecho de Magallanes (Tratado de 1984 entre Argentina y Chile).

V.2. Régimen de Islas

La CNUDM define a una isla como “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se

encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar⁸⁷⁷. Un aspecto distintivo que caracteriza a una isla es que debe constituir una elevación de carácter natural. Por lo tanto, las llamadas islas artificiales no son islas en sentido propio y su régimen es distinto. Otro punto definitorio es que la elevación debe emerger de las aguas en pleamar, excluyéndose entonces los bajíos. Una cuestión debatida en el seno de la III Conferencia de Derecho del Mar fue el decidir si las islas poseen o no igual derecho que el territorio continental a la atribución de espacios marítimos. La solución de la CNUDM dispone que en las islas, el mar territorial, la zona contigua, la ZEE y la plataforma continental, serán determinadas de conformidad con las disposiciones aplicables a otras extensiones terrestres. Sólo a las rocas no aptas para mantener habitabilidad humana o vida económica se les niega el derecho de tener ZEE y plataforma continental.

V.3. Aguas archipelágicas

El Estado archipelágico es aquel constituido por uno o varios archipiélagos y que puede incluir otras islas o parte de una isla, incluidas las aguas que las conectan y otros elementos naturales, que se encuentran tan estrechamente ligados entre sí que forman una unidad geopolítica y económica intrínseca o que históricamente haya sido considerada como tal.

A partir de la década de 1960 se produce la independencia de Estados, como Cabo Verde, Filipinas e Indonesia, que por sus características singulares, motivaron la sanción de un régimen que receptara la situación peculiar de sus costas. Esto derivó en que la CNUDM prevea en sus arts. 46 a 54, previsiones normativas aplicables a los Estados archipelágicos. La soberanía de un Estado archipelágico se extiende a las aguas encerradas por las líneas archipelágicas y comprende la columna de agua, el espacio aéreo suprayacente y el lecho y subsuelo de esas aguas, ya los recursos contenidos en ellos. Estos Estados pueden trazar “líneas de base archipelágicas” que unan los extremos de las islas y de los arrecifes emergentes en puntos más alejados del archipiélago, a condición de que tales líneas de base encierren las principales islas, en una proporción de entre una parte de tierra por una de agua hasta una de tierra por nueve partes de agua. La longitud de tales líneas de base no puede exceder las cien (100) millas náuticas, no obstante que en un tres por ciento (3%) de las mismas puedan extenderse hasta ciento veinticinco (125) millas marinas. La idea es que el trazado de las líneas de base archipelágicas no se desvíe de manera apreciable de la configuración

⁸⁷⁷) CNUDM, art. 121(1). Una isla es una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar.2. Salvo lo dispuesto en el para. 3, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental de una isla serán determinados de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres. 3. Las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental

general del archipiélago. El ancho del mar territorial, zona contigua, ZEE y plataforma continental, se mide a partir de esas líneas de base archipelágicas.

Los buques de terceros Estados gozan del derecho de paso inocente a través de las aguas archipelágicas, facultándose al Estado archipelágico a suspender temporalmente el paso inocente en la medida en que dicha suspensión resulte indispensable para su seguridad (art. 25 CNUDM). El Estado archipelágico puede disponer corredores marítimos para que los buques de terceras banderas puedan ejercer su derecho de paso inocente, y además establecer dispositivos de seguridad para la navegación. Asimismo, debe respetar los derechos preexistentes adquiridos por terceros Estados. El régimen *sui generis* del derecho de paso en tránsito por las aguas archipelágicas se asemeja al paso rápido e ininterrumpido de los buques por los estrechos internacionales, atento que el art. 54 CNUDM aplica *mutatis mutandi* las normas de los arts. 39, 40, 42 y 44 CNUDM previstas este último, y de cuyo contenido se desprende que el Estado territorial no puede suspenderlo.

FOR AUTHOR USE ONLY

“La libertad asusta cuando se ha perdido la costumbre de utilizarla”.

Robert Schuman

Robert Schuman (1886-1963), fue un político francés de origen germano-luxemburgués. Se lo considera uno de los “padres de Europa” en referencia a su determinante participación en la creación de las Comunidades Europeas. Fue uno de los principales dirigentes de la Cuarta República Francesa, ministro de Finanzas, presidente del Consejo de Francia, ministro de Asuntos Exteriores y ministro de Justicia.

Su cargo como ministro de Asuntos Exteriores (1948-1952), lo llevó a ser el principal negociador francés de los tratados firmados entre el final de la II Guerra Mundial y el inicio de la Guerra Fría. Fue quien propuso el 9 de mayo de 1950 la iniciativa del proyecto de integración europea, que daría lugar a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Fue también el primer presidente de la Asamblea Parlamentaria Europea (1958-1960), precedente del actual Parlamento Europeo.

FOR AUTHOR USE ONLY

Derecho Económico Internacional e Integración Regional

Favio FARINELLA

Sección Primera. Derecho Económico Internacional

I. Políticas económicas e Ideologías

Entendiendo a las ideologías como sistemas de pensamientos y creencias a través de los cuales, individuos y grupos explican cómo opera el sistema social y cuáles principios sostiene⁸⁷⁸, tres ideologías durante los últimos siglos, han dividido a la humanidad: (i) el liberalismo; (ii) el nacionalismo y (iii) el marxismo⁸⁷⁹. Las tres difieren fundamentalmente en su concepción de las relaciones que se establecen entre la sociedad, el Estado y el mercado.

La teoría económica liberal centra su discurso en la libertad del mercado y una intervención estatal mínima, enfatizando la libertad e igualdad individual. Menciona Gilpin que el liberalismo ha adoptado numerosos matices -clásico, neoclásico, Keynesiano, monetarista, austríaco, de las expectativas racionales, etc.-. Todas estas variantes se diferencian en función de priorizar la igualdad, tender hacia la democracia social y aceptar el intervencionismo estatal a fin de lograr sus objetivos, o bien enfatizar la libertad y el no intervencionismo, a expensas de la igualdad social. La racionalidad atrás de las teorías liberales es que el sistema de mercado incrementa la eficiencia

⁸⁷⁸) Heilbroner, Robert L., *The Nature and Logic of Capitalism*, New York: WW Norton (1985), p. 107.

⁸⁷⁹) Gilpin, Robert, *The Political Economy of International Relations*, Princeton University Press, NJ, USA, p. 25.

económica, maximiza el crecimiento económico y en consecuencia, mejora el bienestar humano. La premisa fundamental es que el consumidor individual es la base de la sociedad. Éste se comporta racionalmente e intenta maximizar o satisfacer ciertos valores al menor costo posible. La economía de mercado se basa en la llamada ley de la demanda que afirma que se demandará más de un bien si su precio baja y menos si el precio sube. Los economistas liberales creen en la idea del progreso, entendido como el incremento de la riqueza por habitante en el largo plazo.

La perspectiva nacionalista afirma que las actividades económicas deben subordinarse a una meta superior que consiste en consolidar al Estado y sus propios intereses. Una vertiente del nacionalismo económico entiende que la economía internacional constituye una arena para la expansión imperialista y el engrandecimiento de la nación.

El principal objetivo histórico del nacionalismo económico ha sido la industrialización, ya que cree que la industria posee efectos de derrame hacia el resto de la economía, además de asociarla con la autosuficiencia económica y la autonomía política. Entre sus estrategias más utilizadas se encuentran el proteccionismo y políticas que protegen el comercio nacional frente a los bienes y servicios extranjeros, lo que puede ocasionar verdaderas guerras económicas. Los economistas de la “teoría de la dependencia” nacida en el seno de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), pueden ser incluidos dentro de esta breve caracterización.

La perspectiva marxista puede ser vista a través de cuatro elementos esenciales. Primero, el acercamiento dialéctico al conocimiento y a la sociedad, que define la naturaleza de la realidad como dinámica y conflictual. Segundo, el acercamiento materialista a la historia: el desarrollo de las fuerzas productivas opera a través de la lucha de clases que disputan el producto social. Tercero, la forma capitalista de producción y su destino se encuentran gobernados por un conjunto de leyes de movimiento de la sociedad moderna. Cuarto, la firme creencia que la sociedad socialista es la consecuencia deseable y necesaria del final del desarrollo histórico.

En lo económico, el tercer punto es el relevante. El origen, evolución y fracaso final del capitalismo se encuentra guiado por tres leyes inevitables. Primera, la ley de la desproporcionalidad: Marx niega que exista una tendencia natural hacia el equilibrio del mercado: el sistema capitalista tiende a sobreproducir ciertos bienes sin que exista demanda suficiente. Segunda, la ley de la concentración: si la necesidad básica es producir, existirá una tendencia a la acumulación de capital e inversión. Como resultado, la riqueza se concentrará en manos de cada vez menos personas, las más eficientes.

Tercera, la tasa descendente de ganancia. En tanto el capital se acumula y se vuelve mas abundante, la tasa de retorno marginal declina, y en consecuencia disminuye también el incentivo para invertir. Como la presión de la competencia fuerza a los capitalistas a incrementar la eficiencia y la productividad a través del ahorro en el factor trabajo y la inversión en tecnología, el nivel de desempleo aumentará y la tasa de ganancia disminuirá. Esto llevará a una recesión, aumento del desempleo y la inmiserización creciente del proletariado. Finalmente el sistema colapsará a través de la violencia revolucionaria. Lenin lleva la teoría Marxista al plano internacional de las relaciones con Estados capitalistas. En este sentido la arena internacional es un lugar de disputa entre sistemas económicos. En lugar de intereses nacionales, se enfrentan las clases dueñas de los medios de producción con aquellas que sólo ofrecen su trabajo.

Las diversas cuestiones que trataremos en este capítulo, a saber (i) la creación de las instituciones del sistema económico de la segunda posguerra; (ii) el nacimiento de los bloques regionales y la tendencia hacia la solución pacífica de controversias económicas; y (iii) las particularidades del Mercado Común del Sur y la Unión Europea, se verán todas ellas atravesadas por componentes de las tres ideologías o teorías económicas referidas. De ahí la importancia en reparar al menos someramente, en cada uno de sus postulados básicos. Ellos no sólo caracterizan, sino que además explican algunas de las causas que motivaron el surgimiento y consolidación de las instituciones económicas internacionales.

II. Hacia un sistema de comercio internacional

Los aspectos económicos y políticos del comercio han sido y continúan siendo uno de los campos de mayor debate entre las escuelas de la política económica internacional. Aún en el siglo XXI, la liberalización del comercio constituye uno de los aspectos mas controversiales de los procesos de globalización.

En los siglos XVI y XVII, los mercantilistas veían al comercio internacional básicamente como un juego de suma cero. Así, la ganancia de un Estado constituía la pérdida de otro. Basados en la asunción que la riqueza existente en el mundo era limitada y podía medirse en función de los metales preciosos acumulados, los mercantilistas argumentaban que el comercio servía al propósito estatal de adquirir riqueza en forma de lingotes de plata y oro. La nación que deseara enriquecerse debía exportar mucho e importar poco, para lograr una balanza comercial positiva. El rol del Estado consistía en manipular el comercio internacional de forma tal de generar un balance comercial

favorable. Los mercantilistas proponían entonces que el proteccionismo económico e incluso la fuerza militar, debían ser utilizados a fin de influenciar los flujos de comercio. La consecuencia de estos argumentos consistía en ver al comercio internacional como una potencial arena de conflicto.

Por su parte, los liberales del siglo XVIII criticaban a los mercantilistas por su equivocada visión del comercio internacional que según ellos, ignoraba los beneficios dinámicos derivados del mismo. Adam Smith argumentó que todas las naciones podían sacar ganancias del comercio, tanto como pudiera dividirse el trabajo en función de las potencialidades de cada nación. La división del trabajo y la especialización estimularían las fuerzas productivas existentes en cada economía.

El comercio internacional era visto por los liberales como un juego de suma positiva, en el cual todas las naciones podían mejorar y prosperar individualmente a la vez que generar el crecimiento de la economía mundial. Además de los beneficios mutuos derivados de la apertura comercial, se creía que otras ventajas surgirían, al forjarse lazos de unión entre las sociedades, reduciendo en definitiva las tensiones en las relaciones internacionales. Como vemos, la visión liberal ve al comercio como una actividad de cooperación entre Estados.

Durante el siglo XX y XXI, el debate entre escuelas no sólo continúa, sino que además, se potencia. Los neo-mercantilistas identificaron casos en los cuales la intervención Estatal en el comercio podía beneficiar a la economía doméstica, por ejemplo a través del uso de barreras dirigidas a proteger las llamadas industrias infantes, hasta que alcanzaran cierto nivel de competitividad internacional. Como respuesta, los neo – liberales argüían que las industrias que se beneficiaban del proteccionismo fracasarían en volverse competitivas, y en consecuencia para los Estados sería difícil o directamente imposible eliminar las barreras comerciales a futuro, debiendo protegerlas siempre a través de subsidios. Con esto, la sociedad toda tendría que pagar a través de sus impuestos para mantener a empresas que brindarían productos y servicios de menor calidad y a mayor precio que en otros Estados.

En la segunda parte del siglo XX, aparece un nuevo argumento contra el libre comercio, que sugiere que el sistema económico y comercial internacional tiende a beneficiar a los países ricos a expensas del mundo en desarrollo. Inspirados por la teoría de la dependencia, esta perspectiva se funda en la desigualdad existente en las relaciones económicas internacionales, entre economías desarrolladas que exportan productos manufacturados de gran valor y las economías en desarrollo, que a cambio deben exportar sus productos primarios de cada vez menor valor. Ya próximas al cambio de siglo, las teorías de los críticos de la globalización argumentan que el sistema del GATT/OMC beneficia sistemáticamente a los países del Norte donde el proteccionismo en la agricultura continúa, frente a

los países del Sur productores de materias primas. No obstante, la introducción del comercio de servicios y las nuevas tecnologías de la información y comunicación, datos no relevantes o inexistentes en tiempos de los teóricos de la dependencia, mueven a repensar las políticas económicas de los Estados.

III. El sistema de Bretton Woods

A causa de los traumas producidos por la gran depresión de la década de 1930 y los sacrificios impuestos por la IIGM, las potencias occidentales establecieron dos prioridades en cuanto a los objetivos económicos de la posguerra. El primero consistió en lograr crecimiento económico y pleno empleo. El segundo objetivo fue la creación de un orden económico mundial estable. La Conferencia desarrollada en Bretton Woods en 1944 tuvo por finalidad establecer las bases del futuro orden económico internacional. El sistema de Bretton Woods procuró establecer un mundo en el cual los Estados tuvieran libertad para perseguir objetivos de política económica propios, al tiempo que el orden monetario respetara tipos de cambio fijos, a fin de prevenir las destructivas devaluaciones competitivas que aceleraron la crisis de 1930. Este intento por conciliar la autonomía económica doméstica con la estabilidad internacional del sistema, evidenciaba un conflicto interno de importancia⁸⁸⁰.

En lo que hace a política económica interna, un número importante de Estados adoptaron la entonces nueva doctrina económica Keynesiana, que brindaba un rol activo al Estado, que debía estimular la actividad económica y promover el pleno empleo. Keynes había postulado tres fundamentos para un orden económico internacional exitoso:

- (i) la existencia de políticas internas dirigidas a promover el pleno empleo y el crecimiento económico;
- (ii) confianza en la acción del gobierno en aquellas áreas en las que la acción del mercado resultase limitada e insuficiente;
- (iii) convicción en la construcción de las organizaciones económicas internacionales que regulasen y dirigiesen una economía mundial creciente e interdependiente.

Así, el Estado asumió un rol proactivo en la economía a fin de garantizar el pleno empleo y otras metas sociales, aunque sus acciones quedaban sujetas a normas internacionales. A partir de 1945, el Estado intervencionista que ya era visible hacía más de una década, se desarrolla consiguiendo diversos éxitos en metas sociales. El Estado pasa a ser considerado árbitro de la organización social

⁸⁸⁰) Cooper, Richard, *is there a need for reform?*, in *The International Monetary System: forty years after Bretton Woods. Proceedings of a Conference Held at Bretton Woods, New Hampshire, (1984)*, p. 22.

y regulador del crecimiento económico, en suma, aparece el Estado social. En la imposición de estos conceptos fueron de gran peso las ideas de Keynes y Schumpeter. Destaca aquí la producción masiva y diversificada de bienes a bajo costo debida a la modernización, así como la introducción de distintas técnicas de producción. Si bien esto aparece como favorable, surgirá la necesidad de encontrar una solución al nuevo problema de dónde y cómo ubicar los excedentes de producción, cuestión que a su debido tiempo llevará al afianzamiento de la sociedad de consumo y desembocará en el cambio climático.

Desde el final de la IIGM y hasta la crisis del petróleo en 1973 se desarrolló un período llamado “edad de oro” del capitalismo. Estados Unidos dominó la economía global, alcanzando casi 2/3 de la producción industrial mundial. Los Estados europeos y Japón se encontraron en la necesidad de recuperar lo perdido durante la guerra. Los países capitalistas desarrollados representaban aproximadamente el 75% de la población mundial. Sin embargo, el índice de crecimiento de la URSS en los años cincuenta fue más elevado que el de cualquier país occidental, y las economías de la región oriental de Europa bajo influencia comunista, crecieron casi con igual velocidad que el occidente capitalista. Por esto, puede afirmarse que la edad de oro fue un fenómeno mundial. En estos años se multiplicó la población, la producción de alimentos y se prolongó la esperanza de vida. La industrialización fue una realidad tanto para las economías capitalistas como socialistas e incluso, para el tercer mundo. El período se caracterizó por dos procesos: (i) el crecimiento económico nunca antes alcanzado; y (ii) el enfrentamiento entre las dos grandes potencias, Estados Unidos y la Unión Soviética, que tendrá sus aristas económicas.

En tanto Europa Occidental vivía una realidad devastadora evidenciada por escasez de alimentos, de materias primas, de bienes de consumo, y aún mas importante, de recursos monetarios para pagar las importaciones indispensables para reactivar la economía, Estados Unidos era el único país en condiciones de suministrar bienes de capital. Su banco central -la Reserva Federal- se convierte así en un banco mundial de hecho, con lo cual su moneda deviene base del sistema monetario internacional. Como el resto de los Estados fija el valor de su moneda con relación al dólar estadounidense, se logra establecer un sistema monetario de tipo de cambio fijo, basado en el compromiso estadounidense de mantener al dólar convertible con el patrón oro a razón de \$35 la onza. Mientras esto se mantuvo el sistema funcionó, y el dólar se convierte en medio de cambio, unidad de cuenta y reserva de valor en todo el mundo. La política inflacionaria de Estados Unidos

durante la década de 1960 amenazó la continuidad de la relación dólar – oro y con esto, la de todo el sistema. La Administración Nixon en 1971 finaliza la convertibilidad establecida en Bretton Woods entre el dólar y el oro y devalúa la moneda, terminando con el sistema de convertibilidad. Frente a esto, los demás Estados comenzaron a priorizar sus objetivos de economía doméstica y las necesidades de reelección de sus gobiernos. Así un nuevo sistema de banda de flotación de tasas de cambio emerge como única alternativa viable. Los déficits crónicos de Estados Unidos motivarán con el tiempo la crisis del tipo de cambio y el colapso del sistema de Bretton Woods, que concluye formalmente en 1973 con la decisión de dejar flotar las tasas cambiarias.

Los partidarios de las bandas de cambio flotante argumentan que este sistema resuelve el conflicto fundamental entre las necesidades de autonomía de las políticas domésticas y el mantenimiento de tasas de cambio fijas. En su visión, las economías nacionales serían más independientes unas de otras con la tasa flotante moderando el impacto de los diversos ciclos económicos de las principales economías. Los críticos del sistema afirman que las tasas flexibles producen un impacto desastroso en la economía mundial, debido a la posibilidad de fluctuaciones salvajes que amenazan al comercio y socavan la planificación de largo plazo de las corporaciones transnacionales. Además, los gobiernos se ven tentados a utilizar devaluaciones agresivas de sus monedas a fin de promover un boom de sus exportaciones o como herramienta antinflacionaria.

Si bien las tasas flotantes provocan cierta volatilidad en el tipo de cambio, especialmente en el caso del dólar estadounidense, las fluctuaciones no produjeron terremotos financieros, con excepción de algunos países. Como respuesta a la escasa cooperación internacional en temas monetarios, los Estados Europeos diseñan una solución para enfrentar la volatilidad de sus propias monedas creando una moneda única para la Europa integrada. En 1979 nace el Sistema Monetario Europeo, un acuerdo institucional que servirá como antecedente del Euro y que incluía elementos de política monetaria comunes. Y finalmente en 1999 se decide la creación de una unión monetaria que surge como Unión Monetaria europea, con el Euro reemplazando a las monedas nacionales, y el Banco Central Europeo determinando políticas monetarias y financieras.

En suma, el llamado sistema de Bretton Woods se basó en cuatro elementos esenciales:

(i) los Estados miembros adoptaron tipos de cambio fijos pero ajustables, con el dólar Estadounidense sirviendo a modo de patrón. El mismo dólar estadounidense fijaba su valor frente al

oro y las demás monedas podían fluctuar 1% en más o menos, respecto del tipo de cambio fijo con el dólar. Si por alguna razón, el equilibrio era imposible de sostener para algún Estado, el tipo de cambio podía ser ajustado en hasta un 10%, si se contaba con la previa aprobación de $\frac{3}{4}$ de los miembros del Fondo Monetario Internacional;

(ii) aún cuando las restricciones al movimiento de capitales no era el objetivo final, el sistema permitió a los Estados establecer controles de capital a fin de estabilizar el sistema y ajustar al mismo la economía doméstica;

(iii) se estableció una cláusula de “moneda escasa”, que permitía restricciones a las importaciones a aquellos Estados que sufrían recurrentes excesos de pagos, y que, en consecuencia, veían disminuir la cantidad de su propia moneda dentro del FMI. Esta cláusula sirvió principalmente a las economías europeas que afrontaron severas carencias de dólares tras la IIGM;

(iv) se acordó la creación de organismos económicos, financieros y monetarios, como (i) el Fondo Monetario Internacional (FMI en más); (ii) el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo (BM en adelante); y (iii) el Sistema Monetario Internacional; y (iv) el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT en adelante).

IV. El orden financiero y monetario internacional: Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial.

Un orden monetario internacional estable es deseable por varias razones. Brinda previsibilidad y estabilidad a los mercados mundiales a través de tipos de cambio fijos o de un sistema de flotación de tasas. Esta circunstancia provee un ambiente amigable para la expansión del comercio internacional y el crecimiento económico. Y se espera que, como consecuencia, las sociedades de los distintos Estados cubran sus necesidades vitales y, además, progresen.

Los siglos XIX y XX evidenciaron una sucesión de distintos sistemas monetarios internacionales, ninguno de los cuales fue capaz de proveer un orden económico estable y duradero. La era del patrón oro (1870 a 1914) proveyó estabilidad y confianza a las monedas que formaban parte del sistema. No obstante, la estabilidad fue producto de la voluntad política de los Estados, dirigida a someter los objetivos de sus economías domésticas al objetivo mayor de la estabilidad del tipo de cambio, reprimiendo el crecimiento de sus economías a fin de sostener tipos de cambio fijos, y con esto, el sistema monetario internacional.

Tras la finalización de la IGM, se intentó reimplantar el patrón oro a las tasas de cambio previas al conflicto. La crisis de 1930 forzó a que uno por uno, los países fueran abandonando sus intentos de fijar el valor de sus monedas en relación con el patrón oro, y el sistema internacional finalmente colapsó, en gran medida por causa de las devaluaciones competitivas que marcaron parte de la década. Las restricciones al movimiento internacional de capitales junto con políticas comerciales proteccionistas y la creación de bloques monetarios, fueron también características del sistema económico internacional del período entreguerras.

En Bretton Woods, EEUU y el Reino Unido decidieron restaurar luego de concluida la guerra, un sistema de tipos de cambio fijos y el principio de cooperación internacional. Una de las propuestas de Keynes en este punto, fue la creación de un “fondo” equivalente al 50% de las importaciones mundiales, que será -muy parcialmente- el futuro Fondo Monetario Internacional. En la actualidad, sus recursos representan menos del 2% de las importaciones mundiales. Keynes propuso que este fondo actuara como una suerte de “banco central internacional”, que emitiera su propia unidad de reserva. Esta propuesta fue rechazada.

La creación del FMI obedeció a la necesidad de proveer una guía respecto de políticas económicas y préstamos de corto plazo a aquellos gobiernos que enfrentaban severos déficits en su balanza de pagos. La intención era evitar las devaluaciones competitivas que habían ocurrido en la década de 1930. Actualmente continúa siendo una institución financiera de última instancia que promueve la estabilidad financiera y la cooperación monetaria internacional. El FMI es administrado por los 189 países miembros a los cuales les rinde cuentas⁸⁸¹.

El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, más conocido como Banco Mundial⁸⁸² no es un banco en el sentido usual de este tipo de instituciones, sino una organización que persigue reducir la pobreza y apoyar el desarrollo a través del financiamiento blando de estas necesidades. Su misión inicial fue ofrecer ayudas económicas de largo plazo a fin de sostener la reestructuración de la economía y el crecimiento económico. Al presente, constituye una fuente fundamental de asistencia financiera y técnica para todos los países en desarrollo. Se encuentra conformado por cinco instituciones administradas por los Estados miembros que en 2019 llegan al número de 189. Su funcionamiento tiene como objetivos prioritarios, el terminar con la pobreza extrema y promover

⁸⁸¹) Véase <https://www.imf.org/es/About/Factsheets/IMF-at-a-Glance>.

⁸⁸²) Véase <http://www.bancomundial.org/es/about/what-we-do>.

la prosperidad compartida.

V. La creación del GATT

En Bretton Woods se propone un Acuerdo referido a la creación de una Organización de Comercio Internacional, el cual fracasa. Esta Organización hubiera sido un “organismo especializado” de las Naciones Unidas y su Carta era ambiciosa: además de establecer disciplinas para el comercio mundial, contenía también normas relativas al empleo, a productos básicos, a prácticas comerciales restrictivas, inversiones internacionales y servicios. Finalmente, sólo pudo convenirse en un acuerdo mucho más limitado -hoy lo llamaríamos de soft law-, y únicamente en relación con la liberalización del comercio de productos manufacturados. Nace así el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. El GATT, establecido en 1947 como tratado multilateral (La Habana), proveyó las bases institucionales para las negociaciones comerciales de la posguerra, a través de foros de discusión sobre la liberalización del comercio, donde la autoridad final en la toma de decisiones descansaba en cada uno de los Estados contratantes. Operó a través de tres elementos básicos: (i) la no discriminación, el multilateralismo, y la aplicación del principio de nación más favorecida; (ii) la reducción de barreras aduaneras; y (iii) la reciprocidad.

El principio de no discriminación asegura que todos los miembros pueden disfrutar los beneficios de la liberalización comercial de igual manera, independientemente de su tamaño y poder económico. Esto implicaba conforme los arts. I y III del Acuerdo:

- (i) el principio de la nación más favorecida, que establece que los derechos y obligaciones otorgados a un Estado parte se extienden automáticamente a todos los demás; y
- (ii) el principio del trato nacional, que obliga a todos los Estados parte a tratar los productos nacionales y los extranjeros de igual manera.

En cuanto a las barreras arancelarias, todos los Estados parte debían conducir sus relaciones comerciales de manera transparente, a fin de evitar formas veladas de proteccionismo y facilitar las negociaciones multilaterales sobre el tema. De esta forma, cuando un Estado decide imponer una barrera al comercio internacional, la misma debe ser arancelaria, a fin de poder medir en forma eficiente el efecto del nuevo arancel, en lugar de imponer otras barreras no arancelarias como cuotas, contenido nacional, restricciones voluntarias de exportaciones, etc..

El principio de reciprocidad se presenta como un sistema de acuerdos sobre liberalización del comercio multilateralmente balanceados. Así, si un Estado reduce un arancel o se compromete a no

aumentarlo, los otros países deben decidir algo semejante.

Al mismo tiempo, el Acuerdo permitía a los Estados proteger de la competencia externa, ciertas áreas e industrias. Cuando un Estado experimentaba un flujo repentino de importaciones que podía dañar a su industria doméstica, el art. XIX del Acuerdo GATT permitía al Estado en cuestión decidir medidas de salvaguardia, en forma de tarifas o restricciones a la importación, siempre y cuando las mismas no violaran el principio de no discriminación y se compensara a las compañías extranjeras afectadas. Otras excepciones a la idea de la liberalización estuvieron dadas por la agricultura, que fue excluida en un comienzo de los esfuerzos de desarancelización del GATT; las restricciones comerciales basadas en razones de protección a la salud humana o al medio ambiente (art. XX); o la utilización de acuerdos regionales de comercio o reglas preferenciales para países en desarrollo.

El GATT representó en la segunda posguerra un compromiso entre el ideal liberal de crear un orden internacional abierto y la necesidad de impulsar una intervención estatal en la economía doméstica, suficientemente fuerte como para crear un orden internacional económicamente estable.

Gran parte de los avances en el sistema de liberalización de aranceles se logró mediante una serie de negociaciones multilaterales denominadas “rondas”. En una serie de ocho rondas internacionales, el GATT coordinó una reducción sustancial de los niveles tarifarios mundiales entre las naciones del mundo no comunista. Las primeras siete rondas se enfocaron primariamente en la reducción de tarifas sobre productos manufacturados.

La llamada Ronda Kennedy (1963-1967) logró disminuciones arancelarias de cerca del 35% en alrededor de 60.000 productos comercializados internacionalmente, aunque fracasó en brindar soluciones al entonces creciente uso de barreras no-arancelarias. El éxito relativo en la desarancelización de los productos manufacturados contrastaba con el fracaso en la reducción de barreras arancelarias en áreas que habían quedado fuera de las premisas originales del GATT. La agricultura constituyó siempre un área de enorme controversia, donde las reglas y principios del GATT no se aplicaron.

Durante las décadas de 1960 y 1970 los Estados comenzaron a utilizar las barreras no arancelarias a fin de mantener a la competencia extranjera fuera de su economía interna. Este tipo de barreras comprendía una gama amplia de instrumentos como (i) controles voluntarios a la exportación que fijaban un límite cuantitativo de importaciones desde ciertos Estados; (ii) políticas gubernamentales

que favorecían a los productores locales (el comercio nacional); o bien (iii) estándares nacionales en áreas como la salud, la protección del consumidor o el ambiente, todos los cuales discriminaban a los productores extranjeros. El problema de estas medidas es su falta de transparencia, ya que borran la línea de distinción entre los instrumentos legítimos de regulación económica que cada Estado puede utilizar y lo que se percibe como una forma ilegítima y velada de proteccionismo.

La Ronda Tokyo (1973-1979) fue un intento por solucionar las barreras no arancelarias, aunque la solución definitiva vino con la Ronda Uruguay (1986-1993) que se constituyó en la negociación comercial más grande y ambiciosa de la historia: duró 7 años y medio y participaron 123 Estados. Su propósito fue detener el “nuevo proteccionismo”, reduciendo estas nuevas políticas comerciales. Se consensuaron documentos relevantes, tales como:

- (i) el Acuerdo general sobre el comercio de servicios (GATS – AGCS);
- (ii) el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIP – ADPIC);
- (iii) los Acuerdos sobre inversión directa relacionada con el comercio (TRIM – AIDC); y se crearon
- (iv) el Órgano de Solución de Diferencias junto a un procedimiento;
- (v) un Mecanismo de examen de políticas comerciales; y
- (vi) la Organización Mundial del Comercio (1995).

VI. El nacimiento de la Organización Mundial del Comercio y décadas siguientes

El final de la Ronda Uruguay a principios de la década de 1990 señaló un renovado consenso entre los países industrializados a fin de ampliar y profundizar la agenda de liberalización del comercio internacional. La Ronda Uruguay produjo un tratado de 22.000 páginas que cubre el más amplio porcentaje de cuestiones comerciales de la historia. Las Partes Contratantes firmaron 29 Acuerdos separados que abarcan cuestiones tales como agricultura, textiles, servicios, derechos de propiedad intelectual e inversiones. Los aranceles tarifarios en gran cantidad de productos manufacturados fueron reducidos a un mínimo porcentual, volviéndolos insignificantes para la mayoría de los países industrializados. El punto fundamental fue la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC en más) y su sistema vinculante de solución de controversias.

La OMC sirve como un paraguas para negociar las reglas y obligaciones existentes entre los Estados miembros. Uno de los aspectos más innovadores es la creación de un mecanismo de solución de diferencias de tipo arbitral, compuesto por paneles independientes, a fin de resolver

disputas comerciales. Las decisiones de los paneles son obligatorias para las partes a menos que exista una decisión en contrario de todos los Estados contratantes, incluidos aquellos que mantienen la controversia. A esto, suma un Órgano de Apelaciones que tiene por objeto revisar las decisiones de los paneles y tomar una decisión final, y puede facultar a la OMC a decidir sanciones en contra de aquellas partes que violen las reglas de la Organización. En general, el tiempo máximo que se tarda en resolver un conflicto es de entre 12 a 15 meses, en caso de existir apelación. Aunque el procedimiento es en gran parte análogo al de un tribunal de justicia, se prefiere resolver las diferencias a través de consultas.

No obstante los avances comentados, la posición de los países en vías de desarrollo en este esquema aún cuando son mayoría, ha motivado controversias. Algunos de los países menos adelantados argumentan que sus esfuerzos para combatir enfermedades tales como la malaria o el HIV han sido obstaculizados por las reglas del Acuerdo TRIPS, que les impiden adquirir medicinas al costo de los productores de medicamentos genéricos. Como respuesta, la OMC decidió que en ciertas circunstancias, los intereses de las compañías farmacéuticas deben ser relegados en favor de la salud pública y las necesidades de los Estados en vías de desarrollo. Mas allá de esta situación puntual, la influencia de los Estados más pobres en la toma de decisiones comerciales permanece muy limitada, aún cuando en la práctica sean mayoría conforme el principio de “un Estado- un voto”.

Con posterioridad a la creación de la OMC, la Ronda o Programa de Desarrollo de Doha (DDA) es la ronda de negociación comercial de la OMC que comenzó con una reunión a nivel ministerial en Doha, Qatar, en noviembre de 2001. Su objetivo era reducir las barreras comerciales en todo el mundo y facilitar el aumento del comercio mundial.

Tuvo por finalidad poner en el centro del debate las prioridades de los países menos desarrollados. Los principales factores que fueron analizados incluyeron la facilitación del comercio, los servicios, las normas de origen y la solución de controversias. El trato especial y diferenciado para los países en desarrollo también se discutió como una preocupación importante. Las reuniones ministeriales posteriores tuvieron lugar en Cancún, México (2003) y Hong Kong (2005). Posteriores negociaciones relacionadas tuvieron lugar en París, Francia (2005), Potsdam, Alemania (2007) y Ginebra, Suiza (2004, 2006, 2008). El progreso se estancó después de la ruptura de las negociaciones en julio de 2008 y la crisis económica mundial sobreviniente. Las diferencias más

significativas se encuentran entre los países desarrollados liderados por la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá y Japón, y los principales países en desarrollo liderados por India, Brasil, China y Sudáfrica. También existe una gran controversia contra y entre la UE y EEUU respecto del mantenimiento de los subsidios agrícolas que funcionan como barreras comerciales.

Se celebraron luego distintas Conferencias Ministeriales, dos en Ginebra en noviembre y diciembre de 2009 y diciembre de 2011; en Bali (diciembre de 2013); Nairobi (diciembre de 2015); Buenos Aires (diciembre de 2017) y se programó la próxima en Nur Sultán (Kazajistán) para el 8/6/2020⁸⁸³. Con posterioridad a la crisis de 2008, las decisiones más importantes se tomaron en la Conferencia Ministerial de Bali que concluyó con un Acuerdo respecto de una serie de cuestiones dirigido a facilitar el comercio, brindar a los países en desarrollo más opciones para garantizar la seguridad alimentaria, impulsar el comercio de los países menos adelantados y contribuir al desarrollo. El Acuerdo de Bali contiene además disposiciones sobre las mercancías en tránsito, cuestión de especial interés para los países sin litoral, que tienen que recurrir a puertos situados en países vecinos para poder realizar actividades comerciales⁸⁸⁴. Fue la primera vez que se lograron importantes resultados negociados a nivel multilateral. Finalmente, la Conferencia Ministerial de Nairobi logró un acuerdo histórico sobre una serie de iniciativas relacionadas con el comercio. El llamado “paquete de Nairobi” incluye compromisos que procuran beneficiar a los Miembros más pobres de la Organización. Dicho paquete, contiene una serie de seis Decisiones Ministeriales: sobre la agricultura, el algodón y las cuestiones relacionadas con los países menos adelantados⁸⁸⁵.

VI.1. Solución de controversias en el sistema GATT

La cuestión de la solución de controversias fue considerada desde un principio en las negociaciones del GATT, pero el carácter provisional de sus reglas le otorgó escasa relevancia. Desde su creación hasta 1986, se resolvieron 233 casos refiriéndose el 42,9 % a productos agrícolas. Desde 1947, comenzó a introducirse en las reuniones anuales del GATT el procedimiento de los grupos de trabajo. Las Partes Contratantes estudiaban en esas sesiones los reclamos que una de ellas efectuaba contra la adopción de medidas por parte de otra, medidas consideradas agraviantes para sus derechos o intereses comerciales⁸⁸⁶. Estos grupos de trabajo tenían el inconveniente de estar constituidos por las Partes, lo cual sumado a que la adopción de decisiones requería unanimidad,

⁸⁸³) Véase https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/minist_s.htm disponible abril 2019.

⁸⁸⁴) Véase https://www.wto.org/spanish/news_s/news13_s/mc9sum_07dec13_s.htm disponible abril 2019.

⁸⁸⁵) Véase https://www.wto.org/spanish/news_s/news15_s/mc10_19dec15_s.htm disponible abril 2019.

⁸⁸⁶) Son algunos ejemplos, los reclamos de Holanda contra el establecimiento de tasas consulares por parte de Cuba; o el de Chile contra la subvención que otorgaba Australia al sulfato armónico.

arrojaba una dificultad extrema para alcanzar decisiones. Por esto, generalmente se concluía en una exposición ordenada de los puntos en desacuerdo y los argumentos de cada Parte. Se intentó después de algunos años, incorporar un sistema más objetivo. Así se llamó a un grupo de expertos para constituir paneles que solucionasen las diferencias. Seguían siendo las Partes Contratantes las que podían en definitiva aceptar la propuesta o rechazarla, pero con una opinión emitida por especialistas ajenos a sus intereses.

Entre 1952 y 1958 se fue consolidando el sistema de solución de las controversias, aumentando el número de casos sometidos a consulta de los paneles. Pero a partir de 1958 se interrumpió esa actividad durante varios años, quizá por la irrupción de otros sistemas como el de la Comunidad Europea, que resultaban más adecuados para resolver los diferendos y por el crecimiento de la participación en el comercio internacional de países en desarrollo, que propusieron otras modalidades.

Durante la Ronda Tokio se llegó a una síntesis consolidada de las prácticas que venían siendo aplicadas para prevenir o solucionar los conflictos, integrando el sistema con las consultas, las notificaciones y la constitución de paneles. Las "consultas" como medio obligatorio para las Partes Contratantes, debía ser utilizado cada vez que se propusiera adoptar o se hubiera adoptado alguna medida de política comercial que pudiera afectar intereses. Las notificaciones incorporaron el principio de *transparencia*, por el cual los países asumieron la obligación de comunicar las modificaciones y excepciones que introdujeran en sus relaciones comerciales con los demás respecto de un universo de temas -políticas adoptadas, constitución de uniones aduaneras o zonas de libre comercio, licencias, medidas no arancelarias adoptadas, política de las empresas estatales para importación-exportación de productos, etc.- Por último, los paneles se constituían una vez agotada la etapa de consulta. Las Partes Contratantes convocaban al grupo especial o panel de una lista indicativa. El panel emitía un informe con los antecedentes del caso: la adecuación o no de la medida a las normas del GATT y las recomendaciones de acción, que en caso de hacerse lugar al reclamo, consistían generalmente en el retiro de la medida. Conocido el informe por las partes interesadas y no habiendo conciliación, correspondía que las Partes Contratantes lo aprobaran, suprimiendo la medida denunciada o estableciendo una compensación. Las medidas de retorsión en caso de incumplimiento, sólo se hicieron efectivas en el 5 % de los casos.

La etapa comentada, anterior a la vigencia del sistema GATT-OMC y su Órgano de solución de Diferencias (OSD), puede caracterizarse por un aumento relativo del número de controversias, sin

que variaran mayormente sus actores: *los países desarrollados*, quienes protagonizaron las causas en calidad de denunciantes o denunciados. Las críticas más importantes al procedimiento anterior surgían de su duración que, en promedio era de 2 años, junto a la ausencia de mecanismos de acceso para agentes económicos distintos de los Estados. Por otra parte, su excesiva casuística favorecía a los países más grandes que podían ejercer presiones políticas o económicas para lograr sus objetivos. La incorporación de numerosos países no desarrollados planteó el problema que recogió la Declaración de Punta del Este en el marco de la Ronda Uruguay, afirmando la necesidad de mejorar las reglas y procedimientos de solución de diferencias e incluir acuerdos para supervisar el cumplimiento de las decisiones.

VI.2. Solución de Diferencias en la OMC: características generales

La OMC extiende su competencia a todas las cuestiones reguladas por el Acuerdo de Marrakech, integrado por el Acuerdo que crea el órgano mas cuatro anexos. Los anexos I, II y III son obligatorios para todos los miembros, en tanto que el IV resulta exigible sólo para los firmantes y no crea obligaciones ni derechos para quienes no lo suscribieron⁸⁸⁷.

El sistema de solución de controversias es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral del comercio -art. 3(2)-. Formalmente, se halla contenido en el Anexo II del Acuerdo de Marrakech bajo el título Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias (ESC en adelante)⁸⁸⁸. Su fin es regular la solución de controversias entre Estados miembros que surjan a partir del ejercicio de los derechos y obligaciones emergentes. Una cantidad relevante de Estados interpretan las disposiciones del GATT como programáticas, necesitando de normas internas que las instrumenten. Esta circunstancia realza la importancia del mecanismo de solución de controversias. El procedimiento persigue dos objetivos básicos:

- (i) asegurar que el proceso de “desarancelización” no sea obstaculizado; y
- (ii) asegurar el cumplimiento de las obligaciones que gobiernan las relaciones comerciales y de las destinadas a proteger las concesiones y derechos de las partes, resultantes de los principios básicos del GATT.

Primero, el procedimiento busca una solución aceptable para las partes, que esté de conformidad

⁸⁸⁷) Art. III, inc. 3; Acuerdo OMC.

⁸⁸⁸) Por sus siglas en inglés: The Uruguay Round Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes -DSU-.

con los acuerdos comprendidos -art. 3(7)-. De no alcanzarse una solución, deberá buscarse la supresión de las medidas cuestionadas -en caso de que sean absolutamente incompatibles con los acuerdos-, o su modificación. Como medida previa a la suspensión de la disposición cuestionada, se faculta a la Parte reclamante a la adopción de medidas compensatorias. El incumplimiento de las obligaciones genera una presunción *juris tantum* de que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo, que tiene efectos desfavorables respecto de los miembros involucrados. Se produce por ello una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo a la parte denunciada demostrar que no genera efectos desfavorables con su conducta -art. 3(8)-.

Segundo, en caso de no llegar las partes a una solución directa, podrá solicitarse la formación de un “panel” -también llamado grupo de trabajo o especial-, compuesto por expertos en las materias objeto de controversia. El establecimiento, el mandato y la composición de los paneles es automático, no dependiendo del consentimiento de las partes en litigio. Consecuentemente, las partes no pueden bloquear la formación de los paneles, ni la adopción de informes. Actualmente, lo exigido es el *consenso negativo*: expresión de la voluntad de no establecer un panel o adoptar sus informes. Refuerza el sistema el hecho que las decisiones posean el carácter de vinculantes para los miembros, considerándose que la celeridad en la solución es un elemento esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC -art. 3(3)-. A diferencia de lo que disponen otros Acuerdos, como el de dumping, subsidios y salvaguardias, no está prevista la adopción de medidas provisionales, ni la retroactividad de las que finalmente se dicten.

El Acuerdo OMC introduce un recurso ante un *órgano de apelación*, que posee competencia para conocer en los reclamos nacidos de los informes de los paneles.

VI.2.a. Ámbitos de aplicación. El ESC se aplica únicamente a las solicitudes de celebración de consultas posteriores al 01/01/1995 -art. 3(11)-, y a las consultas y solución de diferencias planteadas en los Acuerdos alcanzados por el GATT, con excepción de las vinculadas con el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales, previsto en el Anexo III del Acta Final de la Ronda Uruguay.

En lo material, el sistema de solución de controversias no se limita como antes al comercio de las mercaderías, sino que incluye servicios y propiedad intelectual, aunque cada acuerdo específico puede contener normas especiales. En caso de discrepancia entre las normas y procedimientos del ESC y las normas y procedimientos de los acuerdos especiales, en base al principio de

especificidad, prevalecerán los últimos.⁸⁸⁹

VI.2.b. Consultas y Órgano de Solución de Diferencias. Tradicionalmente las consultas bilaterales entre las partes en controversia fueron útiles como medio para hallar una solución positiva a las diferencias (GATT arts. XXII y XXIII)⁸⁹⁰.

El ESC vigente respeta la tradición, exigiendo la realización de consultas entre los Estados como primer paso. El punto se repite en los distintos acuerdos. Todo miembro está obligado a responder con rapidez a las solicitudes de celebración de consultas (10 días) y a entablarlas en un plazo no mayor de 30 días. Se establecen plazos máximos para las respuestas (60 días), excepto se trate de productos percederos en cuyo caso el plazo se acorta (20 días).

La consulta implica el compromiso de cada Estado de examinar la presentación efectuada por otro que se considere perjudicado por medidas adoptadas por el primero, a fin de llegar a una solución conveniente. El ESC prefiere una solución aceptable para las partes, pero sólo si es consistente con los Acuerdos. Dice el art. 3(2):

"El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio.- Los miembros reconocen que este sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.- Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".

Las solicitudes de celebración de consultas deben ser notificadas al Órgano de Solución de Diferencias -OSD en adelante- y a los Consejos y Comités correspondientes. Tienen carácter confidencial y si en 60 días no existe solución, la parte reclamante podrá pedir el establecimiento de un panel. En las consultas, cualquier miembro podrá requerir ser incluido y que se lo considere asociado a ella.

⁸⁸⁹) Existen Normas y procedimientos contenidos en Acuerdos especiales, por ejemplo: (i) Acuerdos sobre la Aplicación de las Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; (ii) Acuerdos sobre Textiles y Vestidos; (iii) Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; (iv) Acuerdo relativo a la aplicación del art. VII del GATT 1994; (v) Acuerdos sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; (vi) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios; (vii) Anexo sobre Servicios Financieros; (viii) Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo; y (ix) Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para la AGCS.

⁸⁹⁰) En tanto el art. XXII se aplica a cualquier materia o circunstancia que permita la invocación del Acuerdo, el art. XXIII sólo prevé su invocación respecto de las cuestiones específicas allí detalladas. El art. XXIII tiene un ámbito más preciso, conforme lo anticipa su título: "Protección de las concesiones y ventajas" y lo confirman sus disposiciones, pudiendo ser utilizado en caso que una parte considere que una ventaja resultante del Acuerdo ha sido anulada o menoscabada o que el cumplimiento de algún objetivo del Acuerdo se encuentra comprometido como consecuencia de la conducta de otra parte.

El OSD es el encargado de administrar el ESC, hallándose facultado para establecer los grupos especiales o paneles, y adoptar sus informes y los del Órgano Permanente de Apelación -OPA-. También vigila la aplicación de las resoluciones y recomendaciones, y autoriza la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. Sus decisiones son tomadas por consenso, entendido como la falta de oposición formal de los miembros presentes. La solución debe apuntar a suprimir las medidas incompatibles con los acuerdos multilaterales incluyendo el GATT y los plurilaterales, pero no a modificar sus cláusulas.

VI.2.c. Buenos Oficios, conciliación y mediación. Son procedimientos simples que las partes adoptan libremente, en forma simultánea o previa a la actuación del grupo especial y en los que rige la garantía de confidencialidad de las posiciones. No se regulan actuaciones específicas, lo cual permite que su inicio o finalización se adapte a la voluntad de las partes. El Director General puede ofrecer sus buenos oficios, la conciliación o la mediación para ayudar a resolver la controversia -art. 8(6)-. Los buenos oficios, la conciliación y la mediación son procedimientos previstos desde 1966 para los países en desarrollo, que ahora puede utilizar cualquier Miembro. Son voluntarios y los inician las partes, en forma simultánea o previa a la actuación del grupo especial. Las propuestas deben aceptarse por todas las partes y no prejuzgan sobre el derecho que les asiste. Existen relaciones entre el desarrollo de las tres formas mencionadas y el accionar de los paneles o grupos especiales:

- (i) concluidos los procedimientos, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento del panel;
- (ii) si el procedimiento tuvo lugar dentro del plazo de celebración de consultas, la parte reclamante sólo puede pedir el panel, transcurridos 60 días desde la fecha del inicio de estas, y
- (iii) si las partes en disputa consideran que el procedimiento no ha podido resolver sus diferencias, podrán requerir dentro de los 60 días el establecimiento del panel.

Si las partes interesadas lo acuerdan, el procedimiento de solución a través de los buenos oficios, mediación o conciliación podrá continuar mientras se desarrollen las actuaciones del panel.

VI.2.d. Grupos especiales o paneles. Procedimiento. Las peticiones de establecimiento de un Grupo Especial (GE en más) deben contener los datos esenciales del caso, al igual que las solicitudes de consulta (art. 4(4)). En la práctica, se indica si se han celebrado consultas, se identifican las medidas concretas en el litigio y se realiza una exposición clara de los fundamentos

de derecho del reclamo. Si se desea que el GE propuesto tenga un mandato distinto del uniforme, se presenta un texto alternativo. Frente a la falta de respuesta del Estado denunciado, en un plazo de 10 días desde el pedido de celebración de consultas o en caso que éstas no permitan resolver la diferencia en un plazo de 60 días, el reclamante puede pedir a la OSD que establezca un GE (art. 6(1 y 2)) a menos que exista consenso en contrario. Como la parte reclamante puede impedir esto, el procedimiento para la conformación de los GE es automático. La petición debe indicar si se han efectuado consultas e identificar los puntos en litigio. El mandato de los paneles puede ser acordado por las partes de común acuerdo, pero si no se estableciera un mandato diferente, éste será el de examinar "a la luz de las disposiciones pertinentes del acuerdo o de los acuerdos abarcados que hayan invocado" (art. 7 ESC) el asunto sometido al OSD, formulando las conclusiones que permitan elaborar recomendaciones o dictar sus resoluciones. Los GE se integran en principio por tres personas competentes en la materia, que aseguren independencia de criterio e idoneidad, quienes actuarán a título personal y no en representación de sus gobiernos. La Secretaría propone a las Partes los candidatos a integrar el panel.

VI.2.f. Proyecto de informe y adopción. Cada GE debe consultar regularmente a las partes y darles oportunidad de llegar a una solución satisfactoria. El GE se reúne en privado y las partes interesadas solo están presentes cuando se les invite. Antes de celebrarse la primera reunión sustantiva del GE con las partes, éstas presentarán comunicaciones escritas exponiendo los hechos y sus argumentos. En la primera reunión sustantiva, la parte reclamante presenta sus alegaciones y la parte demandada expone su opinión. En la segunda reunión sustantiva, se presentan las réplicas formales. Se invierte el orden: la parte demandada tendrá derecho a hablar en primer lugar. Se pide a ambas partes que, antes de la reunión, presenten por escrito sus réplicas al GE. Luego, el GE traslada la parte expositiva de su informe a las partes, que disponen de 2 semanas para presentar sus comentarios. Después, el GE presenta a las partes su informe provisional, incluidas las constataciones y las conclusiones. Toda parte interesada dispone de una semana para pedir un nuevo examen de una parte del informe. Transcurridas 4 semanas, el GE presenta a las partes el texto del informe definitivo que se distribuye posteriormente a los miembros. Las conclusiones del GE se presentan por escrito, conteniendo:

- (i) las constataciones de hecho;
- (ii) la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes; y
- (iii) las razones en que se basan las conclusiones y recomendaciones del grupo especial.

De no efectuarse observaciones el informe provisional deviene definitivo y es examinado por el OSD. Las partes pueden apelar el informe, situación en la cual el OSD no interviene hasta su finalización. De no haber apelación o habiendo concluido el trámite, corresponde el análisis del OSD, pudiendo las partes participar plenamente. Prevé al respecto el art. 16(4):

"4. Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe de un grupo especial a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que OSD decida por consenso no adoptar el informe. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del grupo especial no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Este procedimiento de adopción se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a expresar sus opiniones sobre los informes de los grupos especiales..."

El plazo es en principio de seis meses, que como máximo podrán llevarse a nueve. En casos de urgencia se reduce a tres.

A pedido de la parte reclamante, el GE puede suspender sus tareas por un período que no exceda de un año. Si fuera por más tiempo quedará sin efecto la decisión de establecer el panel. El GE puede recabar información y asesoramiento técnico de terceros. Sus deliberaciones son confidenciales y las opiniones que expresen sus integrantes son anónimas. En cuanto a la interpretación, los GE han sentado las siguientes reglas y principios:

- (i) el persistente incumplimiento a las normas del GATT nunca confiere legalidad a la acción, ni priva a la otra parte de iniciar el procedimiento de solución de disputas. La práctica no prevalece frente a una disposición contraria del Tratado;
- (ii) las consideraciones de orden social y político son irrelevantes frente a los conflictos con las normas del GATT;
- (iii) deben interpretarse restrictivamente las excepciones o waivers acordadas respecto de los principios generales del GATT;
- (iv) la carga de la prueba recae en la parte que invoca la excepción.

VI.2.g. El órgano permanente de apelación -OPA-. El examen en apelación constituye una innovación. Sus razones: (i) la apelación forma parte lógica de lo que en esencia es un proceso jurídico; y (ii) el reconocimiento de las ventajas políticas de un sistema que permite a los gobiernos recurrir a una última instancia para exponer su caso y obtener satisfacción.

El OSD establece un órgano permanente de apelación que entiende de los recursos interpuestos

contra las decisiones de los paneles. Se trata de un órgano permanente, integrado por siete personalidades de reconocido prestigio, que conoce en los aspectos legales de las recomendaciones apeladas. El plazo de resolución de la apelación en ningún caso podrá exceder de 90 días. Las actuaciones del OPA tienen carácter confidencial, las opiniones de los jueces son anónimas y se refieren exclusivamente a las cuestiones de derecho tratadas. Los informes del OPA son adoptados por el OSD y las partes. Para rechazarlo se exige el consenso negativo, expresado dentro de los 30 días de distribuido el informe.

VI.2.h. Normas específicas para países en desarrollo⁸⁹¹. Las disposiciones del ESC prevén normas específicas para los países en desarrollo, tanto en el cumplimiento de los plazos como en la adopción de medidas. El art. 24 obliga a las partes a actuar con moderación cuando se trate de pedir compensaciones o autorización para suspender la aplicación de concesiones respecto de países menos adelantados. Por su parte, el Presidente del OSD o el Director General deberán ofrecer sus buenos oficios, mediación o conciliación, con el objeto de ayudar a las partes a resolver sus disputas antes que se formule la solicitud de formación de un GE. Otras normas del Entendimiento relativas a los países en desarrollo establecen:

- (i) la posibilidad de recurrir a los buenos oficios del Director General o a un GE -art. 3(12)-;
- (ii) la especial atención que debe prestarse durante las consultas, a los problemas e intereses de los países en desarrollo -art. 4(10)-;
- (iii) que los GE tengan un integrante de los países en desarrollo si es parte del procedimiento y lo solicita -art. 8(10)-;
- (iv) en el informe del GE debe constar que se han tenido en cuenta las disposiciones sobre trato especial y diferenciado invocado por el país en desarrollo;
- (v) la posibilidad de establecer medidas de vigilancia especiales para supervisar la repercusión de la norma objetada, en la economía del país en desarrollo;

VI.2.i. Finalización del procedimiento y supervisión del cumplimiento de las recomendaciones.

El procedimiento termina (i) por el cumplimiento de las recomendaciones; (ii) si no pudiesen ser cumplidas, por la oferta y aceptación de una compensación suficiente⁸⁹²; (iii) si no se arriba a las anteriores soluciones, por la aplicación de medidas de retorsión destinadas a restablecer el equilibrio entre las partes en conflicto. Estas medidas pueden ser cruzadas, cuando no sea posible adoptarlas

⁸⁹¹) Procedimiento especial para países en desarrollo aprobado por resolución del 5/04/1996.

⁸⁹²) La compensación es voluntaria y debe ser compatible con los Acuerdos involucrados.

en el mismo sector que originó el procedimiento. La suspensión de concesiones u otras obligaciones sólo podrá adoptarse si el Acuerdo específico no prohíbe la medida y sólo será aceptable en una proporción equivalente al nivel de la anulación o menoscabo de los derechos afectados. La competencia para esta función, corresponde al OSD, quien debe establecer el plazo en el cual el miembro interesado dará cumplimiento a las recomendaciones o resoluciones.

Dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe del GE o del Órgano de Apelación, el miembro afectado normalmente informará al OSD su propósito respecto de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones aprobadas por el órgano. El sistema de cumplimiento contempla tres plazos: a) el propuesto por el miembro afectado, que debe ser aprobado por el OSD; b) el fijado de común acuerdo por las partes dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones; o c) el determinado mediante arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones.

La compensación y la suspensión de concesiones y otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso que no se apliquen en un plazo razonable las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD. La compensación es voluntaria, ofreciéndola el miembro obligado a cumplir, y debe ser solicitada por quien instó el procedimiento. En principio, se suspenden concesiones relativas al mismo sector del asunto sometido al GE -bienes, servicios o derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio-. De no ser viable lo anterior, podrá efectuarse la suspensión en otro sector del mismo acuerdo, y de no resultar eficaz, siempre que las circunstancias fueran suficientemente graves, podrá procederse a la suspensión de concesiones otorgadas en el marco de otro acuerdo.

VI.3. Solución Arbitral

El art. 25 del ESC considera al arbitraje voluntario como un medio idóneo para resolver disputas concretas. Los Miembros se comprometen a la aceptación y cumplimiento del laudo que se dicta, que debe notificarse al OSD y al Consejo o Comité del acuerdo pertinente. Son las partes las que deben de común acuerdo convenir el procedimiento a seguir.

En el marco del derecho privado, Argentina a través de la ley 27449⁸⁹³ regula el arbitraje comercial internacional. Para la redacción de la misma se utilizó como base la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil

⁸⁹³) Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional 27449, vigente desde el 26/7/2018.

Internacional (CNUDMI). Para que las controversias se solucionen a través del arbitraje, debe preverse anticipadamente en el contrato o bien celebrarse un acuerdo arbitral con posterioridad. En este último caso, las partes acuerdan someter a arbitraje algunas o todas las controversias que surjan o puedan surgir entre ellas, respecto de una relación jurídica determinada, ya sea contractual o no contractual. Dicho acuerdo debe constar por escrito. Para que el arbitraje sea internacional, es necesario que las partes que celebran el acuerdo arbitral en el momento de celebrarlo posean sus establecimientos comerciales en diferentes Estados -art. 3 ley 27449-. Asimismo, se considera internacional si el lugar del arbitraje o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones están situados fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos. Analizados los argumentos de las partes y producida eventualmente la prueba, los árbitros dictan un laudo que tiene carácter vinculante para las partes.

FOR AUTHOR USE ONLY

Sección Segunda. El Mercado Común del Sur

I. Antecedentes

El Derecho de la Integración puede definirse como un conjunto de normas tendientes a la armonización de los sistemas jurídicos nacionales. En este sentido, constituye un paso necesario y previo a la existencia del Derecho Comunitario, compuesto por la normativa generada por órganos supraestatales, directamente invocable por los titulares y directamente aplicable por las jurisdicciones domésticas, sin necesidad de previa incorporación por cada Estado parte. Ambos constituyen *nuevas ramas* jurídicas surgidas en el último cuarto del siglo XX. Nociones superadoras de los Estados nacionales y de la noción clásica de soberanía estatal, pueden ser ubicadas como etapas intermedias entre el DI y el derecho interno de cada Estado.

Tras la finalización de la guerra fría al inicio de la década de 1990, comienza un proceso mundial de grandes espacios económicos regionales, hoy amenazado por nuevos proteccionismos. Como vimos antes, el sistema de Bretton Woods inició un proceso de reducción y eliminación de las barreras arancelarias y para-arancelarias, suprimiendo las trabas al comercio, con el fin último de crear un capitalismo global.

Históricamente, las relaciones económicas internacionales se desarrollaron en diferentes niveles, que fueron variando según las épocas. Una generalización permite agruparlas en base a cuatro tipos esenciales: (i) librecambismo; (ii) bilateralismo; (iii) cooperación; y (iv) integración. En cuanto a la integración, pueden diferenciarse distintos grados:

- (i) sistema de preferencias aduaneras, donde los Estados miembros se conceden rebajas arancelarias generales o respecto de determinados rubros;
- (ii) zona de libre comercio, donde se suprimen aranceles aduaneros, subsistiendo en relación a terceros países los propios sistemas o regulaciones;
- (iii) la unión aduanera, además de ser una zona de libre comercio, cuenta con un régimen común respecto de terceros países, en forma de arancel externo general;
- (iv) mercado común, suma a lo dicho, la libre circulación de los factores de la producción, junto con la coordinación de las políticas macroeconómicas;
- (v) comunidad económica, donde se deciden políticas comunes a los países integrantes, existiendo órganos comunitarios que los rigen. Nace la cuestión de la supranacionalidad en su aspecto primario de armonización normativa dirigida a futura unificación de normas.
- (vi) integración económica total, existe unificación de las políticas económico-sociales y

una sola autoridad supranacional.

Si en la década de 1970 tuvo inicio el proceso de configuración de las grandes uniones comerciales, a fines de 1980, el escenario comercial mundial mostraba la configuración de grandes y poderosos bloques regionales comerciales. La década de 1990 constituyó la incubadora de los procesos de integración regionales. Vaivenes políticos, sociales y económicos posteriores ponen en duda su continuidad. Históricamente, el fin buscado con la integración regional fue la unidad política. El imperio alemán se origina a partir de la unión aduanera -Zollverein-, que reconocía como núcleo aglutinante a la Prusia de Bismarck. Finalizada la guerra fría, en el contexto de las ex-repúblicas soviéticas, se advirtió rápidamente la urgencia por aglutinarse en torno de unidades económicas mayores. Así nació la Mancomunidad de Estados Independientes⁸⁹⁴, originada por el impulso de Rusia, Bielorrusia y Ucrania.

En América del Sur, los antecedentes históricos referentes a la idea de una gran comunidad de estados Sudamericanos, comienzan con Simón Bolívar y la reunión que promueve en 1826, pasando por la Unión Panamericana y las Conferencias Interamericanas, todo lo cual halla su punto culminante en la Conferencia de Bogotá de 1948 que crea la Organización de Estados Americanos -OEA-. Esta organización encuentra fundamento en los acuerdos regionales previstos en el art. 52 Carta ONU. La OEA en cuanto organización regional, entra en funciones en 1951, luego de obtener los 2/3 de las ratificaciones requeridas. La existencia de órganos deliberativos regionales comienza con la creación de un Parlamento Latinoamericano en la ciudad de Lima en 1964, que finalmente logra constituirse en 1979 en México. Y es allí mismo donde surge una Declaración de los Representantes de las Naciones Americanas, que insta a los gobiernos a la adopción de una nacionalidad y pabellón comunes.

II. Integración económica y América Latina

Al finalizar la II Guerra Mundial se acentúa el desequilibrio de crecimiento entre las naciones altamente industrializadas, que se constituyen en el centro del desarrollo, y los estados periféricos, básicamente productores de materias primas o con un grado de industrialización liviana y en consecuencia, relativo. El economista Argentino Raúl Prebisch, en su carácter de Director de la CEPAL, impulsó este organismo a fin de crear un Mercado Común Latinoamericano. Este fue el

⁸⁹⁴) La cual posteriormente será llamada Comunidad de Estados Independientes CEI. Ver sitio oficial <http://cis.minsk.by/>.

origen concreto de los proyectos de integración económica en nuestro continente.

El primer intento de integración nace a través del Acuerdo de Montevideo de 1960, que instituyó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC)⁸⁹⁵. Sus mecanismos institucionales fueron sencillos: esencialmente un Comité Permanente con sede en Montevideo. Esta institución buscaba la conformación de una zona de libre comercio, utilizando como herramienta, las desgravaciones anuales de productos entre sus miembros en un plazo acordado de antemano de 12 años. Intentaba además uniformar las reglamentaciones referentes al comercio exterior. Ciertos resultados fueron logrados, pero los procedimientos de negociaciones tarifarias se mostraron poco eficientes, beneficiando sus resultados, mas a los grandes Estados -Argentina, Brasil y México-, que al resto. Otro inconveniente fue la necesidad de ampliar su territorio económico, lo cual se frustró porque los Estados centroamericanos establecieron su propio mercado común. Por la Carta de Quito⁸⁹⁶, estos Estados comenzaron el desarrollo de una organización económica, reagrupando a los países que entre 1824 y 1830 habían constituido la Gran Colombia: Venezuela, Colombia y Ecuador. La ALALC sufrió debilidades intrínsecas, tales como:

- (i) la extensión de la zona de libre comercio, que en base a la deficiente infraestructura física y de servicios, restó en la elaboración de formas de cooperación estrecha entre los pueblos;
- (ii) la imperfección de sus instituciones en lo que a toma de decisiones y ejecución de las mismas se refiere;
- (iii) las desigualdades y asimetrías en el grado de desarrollo de los Estados miembros; y
- (iv) una excesiva rigidez institucional que evitó adaptarse a los continuos cambios económicos globales.

Estas causas explican su desaparición. Así las cosas, comienzan a cobrar impulso los proyectos de acción de carácter subregional⁸⁹⁷. Coexistiendo con éstos, se firma un nuevo acuerdo integracionista

⁸⁹⁵ Se firma en 18/02/1960 en Montevideo, agrupando a siete países: Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, a los que luego se agregarían Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia.

⁸⁹⁶ Del 8 de septiembre de 1948.

⁸⁹⁷ Ya en el año 1964, la IV Conferencia de la ALALC previo el estudio de acuerdos complementarios entre países de mediano y menor desarrollo. Por la Declaración de Bogotá del 18-8-66, los presidentes de Chile, Perú y Venezuela y el representante de Ecuador, subrayaron la necesidad de instaurar un sistema propio. La Declaración de los presidentes de America, adoptada el 18-5-67, por presidentes de los estados latinoamericanos y el Primer Ministro de Trinidad Tobago, en la ciudad de Punta del Este, reconoce la necesidad de concluir acuerdos subregionales en el interior de la ALALC. Una Comisión Mixta instaurada después de la Declaración de Bogotá, preparo las reglas que regirían los acuerdos subregionales. El Consejo de Ministros de la ALALC adopto la Resolución 202 (1967) sobre las normas de los Acuerdos Subregionales y la Conferencia de las Partes Contratantes -celebrada del 23-10 al 18-12 de 1967- preciso dichos principios. Y el mismo Consejo de Ministros antes mencionado aprobó con su Res. 203, las bases para un acuerdo subregional entre Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela.

20 años después. En la ciudad de Montevideo se crea la Asociación Latinoamericana de Integración -ALADI-. Aún cuando la ALADI estuviera constituida por los mismos países, su estructura se evidenció desde su inicio como más realista y flexible: no se propuso plazos para el logro de la integración, privilegiando los “acuerdos regionales” junto con la mecánica de las preferencias aduaneras. Nuevamente, la falta de organismos creíbles y con suficiente poder, y la falta de voluntades políticas firmes y coincidentes, cooperaron para calificar a la ALADI como “poco exitosa”.

Otros intentos de integración económica sucedidos dentro del contexto de las Américas, fueron el Grupo de los Tres (México, Colombia y Venezuela); el Pacto Andino (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela); la Comunidad del Caribe (CARICOM); el Mercado Común Centro Americano (MCCA); y el North American Free Trade Agreement (NAFTA); firmado entre Canadá, USA, y México). Es necesario mencionar también a ciertas instituciones financieras creadas para facilitar los mecanismos de integración, como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID, 1960) y el Sistema Económico Latinoamericano (SELA, 1975). Junto a los nombrados, otras organizaciones creadas en la región nacieron a fin de contribuir al desarrollo y la instrumentación de políticas económicas y sociales: el Grupo de Contadora, de Apoyo a Contadora y de Río⁸⁹⁸.

Finalmente, en lo que hace a Latinoamérica, en diciembre de 2004 se logra una integración de procesos regionales desarrollados por el Mercosur y la Comunidad Andina, llamada Comunidad Suramericana de Naciones. Tres años después se cambia el nombre de Comunidad a Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) durante la Cumbre Energética Suramericana. La UNASUR se estructura a partir de su Tratado constitutivo firmado y ratificado por los Estados miembros en Brasilia en mayo del 2008, entrando en vigencia en marzo del 2011.

La UNASUR constituyó una comunidad política de países suramericanos. La organización se compuso de diferentes órganos: el Consejo de jefas y jefes de Estado y gobierno, el Consejo de

⁸⁹⁸) Así, y a modo de ejemplo, para tratar el tema de los estupefacientes, fue creada la Comisión Iberoamericana contra el Abuso de las Drogas -CICAD-. El Grupo de Contadora fue creado en 1982 por Colombia, México, Panamá y Venezuela. Su objetivo era pacificar la entonces convulsionada Centroamérica. Posteriormente, se le suman otros cuatro países, recibiendo el nombre de Grupo de Apoyo a Contadora. Estos países fueron Argentina, Brasil, Perú y Uruguay. Durante un tiempo, este grupo funcionó bajo el nombre de Grupo de los Ocho. El Grupo de Río -nacido el 18/12/88, con el nombre de Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política-, tuvo su origen como foro informal de los Ministros de Asuntos Exteriores de los países que integraban Contadora y de Apoyo a Contadora. Actualmente, lo componen además de los ocho países nombrados: Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay, Costa Rica -representando al resto de los países centroamericanos- y Jamaica -representado a los países caribeños-. De este último grupo salió un club reducido de tres países económicamente estables y con un desarrollo superior al promedio: el Grupo de los Tres se conforma con México, Colombia y Venezuela, quienes intentan como primer paso, una unión aduanera que debiera haberse conformado para 1995. Una vez más los tiempos políticos no se llevaron con la realidad de los hechos. Un resultado económico concreto y remarcable es que la Comunidad Europea, ha autorizado al Banco Europeo de Inversiones -BEL-, a otorgar créditos y financiación a los países miembros del Grupo. El tope máximo de los mismos es hasta fines de 1996 de u\$S 320 millones.

ministras y ministros de relaciones exteriores, el Consejo de delegadas y delegados sectoriales y la Secretaría general. Contaba con 21 objetivos específicos, entre los cuales destacaba el refuerzo de la integración suramericana y la participación de UNASUR en el escenario internacional, así como la cooperación, el desarrollo y la integración en distintas actividades. Inicialmente estuvo compuesta por 12 Estados Miembros.⁸⁹⁹ En marzo de 2019 en Santiago de Chile se reúnen los presidentes de Chile, Brasil, Paraguay, Colombia, Ecuador y Argentina con el fin de sellar el fin del UNASUR y crear un nuevo acuerdo de integración regional denominado PROSUR. En abril de 2019, Argentina comunica su desvinculación, denunciando el Tratado constitutivo mediante nota dirigida al Estado del Ecuador que actúa como depositario.

El nuevo acuerdo PROSUR constituye según el Presidente chileno "una herramienta de cooperación y diálogo sin ideologización alguna, pensando en la defensa de la democracia, en la integración económica y en agendas compartidas con una estructura liviana sin burocracia". Para algunos es un vínculo que permitirá renovar y fortalecer el proceso de integración de las naciones de América del Sur, sin embargo, existe una oposición que piensa que es un mecanismo dirigido a evitar una verdadera integración Latinoamericana, dirigida simplemente a acabar con la UNASUR.

II.1. MERCOSUR. Uruguay: primer paso del camino. Argentina y Uruguay suscriben en 20/08/1974, el Convenio de Cooperación Económica (CAUCE), cuyo objetivo básico fue el facilitar las exportaciones Uruguayas hacia Argentina, promoviendo el intercambio comercial. Habiéndolo cumplido con creces, se celebra en 1985 el Acta de Colonia, que profundiza los mecanismos de integración, comprometiéndose ambos países a la eliminación total de los gravámenes y restricciones no arancelarias que incidieran sobre las importaciones procedentes de la otra parte.

II.2. La integración con Brasil: marco institucional. La integración económica con Brasil se inicia en año 1985⁹⁰⁰. Esto se debió particularmente a las posiciones convergentes en materia de política exterior de ambos países, que se evidenciaron en el Consenso de Cartagena, el Grupo de Apoyo a Contadora, la creación de una Zona de Paz y Cooperación en el Atlántico Sur, y el Acuerdo relativo a la posición Argentina en defensa de sus derechos sobre las Islas Malvinas en

⁸⁹⁹) República Argentina, Estado Plurinacional de Bolivia, República Federativa del Brasil, República de Chile, República de Colombia, República de Ecuador, República Cooperativa de Guyana, República del Paraguay, República del Perú, República de Suriname, República Oriental del Uruguay y República Bolivariana de Venezuela.

⁹⁰⁰) Puede mencionarse como antecedente la firma en el año 1975 -junio 12- del Programa de Expansión Comercial -PEC-, parecido en sus fines al citado CAUCE, suscripto entre Argentina y Brasil, y del cual se deduce que la vieja modalidad de inserción de las naciones latinoamericanas en la económica mundial debe ser superada, debiendo igualmente "emprenderse la construcción de la ventaja comparativa".

ONU. El primer objetivo de la administración Alfonsín con relación al Brasil, fue el pactar una posición común para la negociación de las respectivas deudas externas que agobiaban a la región en la década de 1980 (Consenso de Cartagena).

Etapa I: Protocolos sectoriales y Tratado de Integración. En 29/11/1988 los presidentes de Brasil y Argentina -Sarney y Alfonsín-, suscriben el Tratado para la Integración y el Desarrollo, dando cumplimiento a normas y declaraciones previas, tales como el Tratado de Montevideo de 1980; la Declaración de Iguazú del 30/11/85; el Acta de Integración Argentino-Brasilera del 29/7/86, y el Acta de Amistad Argentino-Brasilera de Democracia, Paz y Desarrollo del 10/12/86.

Etapa II: Acta de Buenos Aires y el objetivo del Mercado Común. En 06/06/1990, Argentina y Brasil firman el Acta de Buenos Aires, que previó la reducción de las barreras aduaneras y su desaparición total para 1994. Argentina y Brasil firman el 20/12/1990 el Acuerdo de Complementación Económica -ACE- Número 14⁹⁰¹. Es éste el antecedente último e inmediato del futuro Tratado de Asunción o MERCOSUR, y sus cláusulas sustantivas establecen:

- (i) establecer un *mercado común* entre los signatarios;
- (ii) iniciar un programa de desgravación progresivo, lineal y automático;
- (iii) eliminar para 1994 de gravámenes y restricciones en el comercio recíproco;
- (iv) colocar la administración del Acuerdo a cargo del grupo binacional llamado Grupo Mercado Común, dejando abierto el Acuerdo a la adhesión de los miembros de la ALADI.

El ACE constituye la fuente directa y básica del Tratado de Asunción, el cual repite en gran medida aunque en forma mas detallada, sus principios y articulado.

Los acuerdos de integración con Brasil, iniciados con el retorno de la democracia a ambos países, constituyeron un conjunto de decisiones de enorme trascendencia, no sólo para los protagonistas directos, sino para el conjunto de la región. En el breve período que se extiende desde la Declaración de Iguazú -noviembre de 1985-, hasta la formalización del Tratado de Asunción -noviembre de 1991-, se produjo un verdadero salto cualitativo en lo que hace al horizonte estratégico y político de ambos países.

En primera década del MERCOSUR, se comprobó que la complementación manufacturera era fundamental para el intercambio bilateral. Se produjo un flujo comercial bilateral -argentino-

⁹⁰¹) Y de conformidad con el art. 11 de la ALADI, la Resolución N.2 del Consejo de Ministros de la Asociación y el art. 3 del Tratado de Integración, Desarrollo y Cooperación.

brasileño- en manufacturas de papel y cartón, productos de hierro y acero y sustancias químicas. En todas estas producciones prevalecen las ventajas de las economías de escala: ante un mercado ampliado el costo unitario del producto tiende a disminuir.

Como resultado concreto de los acuerdos argentino-brasileños, comenzó a regir en 1990, la rebaja arancelaria del 47% para el comercio regional. Entre 1985-90, Argentina aumentó varias veces sus exportaciones a Brasil⁹⁰². Otros logros a destacar hasta la firma del Tratado de Asunción fueron:

- (i) la fabricación conjunta del avión de uso civil CBA-123;
- (ii) la desregulación del transporte de carga internacional;
- (iii) el acuerdo relativo al establecimiento de ventajas concedidas a empresas binacionales con relación a sus remesas de utilidades.

II.3. El tratado de Asunción

Los presidentes de Argentina, Carlos Menem; Brasil, Fernando Collor de Mello; Paraguay, Andrés Rodríguez; y Uruguay, Luis Alberto Lacalle, se reúnen en marzo de 1991 en la ciudad de Asunción del Paraguay y suscriben el día 26 de ese mes, el llamado Tratado de Asunción, cuyo fin declarado fue sentar las bases para la futura constitución de un mercado común entre los cuatro países signatarios y otros que quisieran adherir posteriormente.

En lo económico y político, el nuevo espacio se denomina Mercado Común del Sur y su primera parte -la unión aduanera- quedó conformada el 31/12/1994. Para un futuro aún no alcanzado, quedó la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos -mercado común-. Los objetivos inmediatos consistieron en (i) la ampliación de los mercados para los productos calificados como de origen; (ii) la consolidación de la especialización manufacturera y al mismo tiempo, el desarrollo y la adquisición de nuevas ventajas competitivas; y (iii) el aumento del aparato productivo de cada Estado miembro.

En lo jurídico, el MERCOSUR es un sujeto de DI, pudiendo en el uso de sus atribuciones,

*“practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias, celebrando incluso Acuerdos de sede”.*⁹⁰³

A fin de poder contar con una política industrial propia, cada gobierno se comprometió a establecer prioridades de desarrollo sectorial; promover la competitividad manufacturera mediante medidas de

⁹⁰²) Las mismas pasaron de 469 millones u\$s a 1.300 millones u\$s en 1990. Las exportaciones de productos manufacturados se triplican entre 1987 y 1990.

⁹⁰³) Protocolo de Ouro Preto. Capítulo II. Personalidad Jurídica. Arts. 34, 35 y 36.

estímulo concretas; orientar la inversión externa directa; fortalecer la infraestructura existente y promover la especialización industrial.

II.4. Características principales del tratado

El Tratado de Asunción es un "*tratado marco*" que se limita a establecer las bases sobre las cuales se asentará la futura integración, creando el contexto dentro del cual sea posible que la iniciativa privada pueda desarrollarse. En segundo lugar, al jugar la voluntad política de los gobernantes un papel esencial, se instrumentan los órganos adecuados para llevar adelante la unión, con una ausencia inicial de órganos supranacionales.

De la letra del Tratado surge un proyecto abierto, habiéndose elegido especialmente términos y giros idiomáticos tendientes a evitar encasillamientos perturbadores del normal desarrollo de los principales objetivos. La ampliación de órganos y atribuciones mediante el Protocolo de Ouro Preto (1995) sumó al proceso integracionista. Se reguló un primer período de transición desde la vigencia del tratado -29/11/1991-, hasta la entrada en vigor de la unión aduanera el 31/12/1994. El Tratado:

- (i) declara la voluntad de llegar a la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción, mediante la eliminación de derechos aduaneros, restricciones no arancelarias y cualquier medida equivalente;
- (ii) establece un programa de reducción de aranceles gradual y simultáneo, hasta su eliminación total. El programa de desgravación es progresivo, lineal y automático, aplicándose sobre las tarifas aduaneras vigentes para los productos de terceros países no miembros de la ALADI;
- (iii) prevé la eliminación de las restricciones al comercio, encubiertas bajo la forma de subsidios, dumping, restricciones no arancelarias y toda práctica desleal;
- (iv) establece la fijación de un arancel externo común y la coordinación de la posición a adoptar en foros internacionales, así como mantener normas económicas comunes frente a otros bloques⁹⁰⁴;
- (v) establece un régimen de origen⁹⁰⁵, destinado a asegurar que las mercaderías que gocen de

⁹⁰⁴) El acuerdo elabora un documento sobre el arancel externo vigente a partir de enero de 1995, sobre la base de estudios y decisiones previas. En líneas generales, los bienes de capital convergerían en forma lineal y automática hacia un arancel externo común de 14% en 1/1/2001. Paraguay y Uruguay tendrían cinco años más -2006- para llegar a tal alícuota. Los bienes de Informática y Telecomunicaciones llegarían hasta un arancel máximo de 16% en 1/1/2006 (Art. 3, incisos a) y b) de la Decisión del Consejo del Mercado Común No. 7 de 1994.). Respecto de las excepciones al arancel externo común, Argentina, Brasil y Uruguay podían mantener hasta un número de 300 ítems, excluyéndose a los bienes mencionados. Paraguay tenía un waiver de 399 rubros.

⁹⁰⁵) Establecidos en el art. 3, incisos a) a f) del Anexo a la Decisión No. 6/94 del Consejo del Mercado Común, agosto de 1994. Se consideran productos originarios: (a) los elaborados íntegramente en el territorio de cualquiera de los Estados Partes, cuando en tal elaboración se utilicen exclusivamente materiales originarios de los mismos; (b) los productos minerales, vegetales y animales extraídos, criados, cosechados o recolectados en su territorio o aguas territoriales, patrimoniales y zonas económicas exclusivas, y estos últimos productos cuando a pesar de provenir de otras jurisdicciones, hayan sido extraídos por barcos de la bandera o arrendados por empresas establecidas en sus

preferencias, resulten realmente originarias de los Estados parte. Se acuerdan diferencias puntuales de ritmo respecto de Paraguay y Uruguay a fin de adjudicarles mayor número de excepciones y un menor porcentaje de rebajas arancelarias anuales;

(vi) prevé la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, junto con el compromiso de armonizar las legislaciones nacionales;

(vii) en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado parte gozan del mismo tratamiento aplicado al producto nacional;

(viii) la toma de decisiones se basa en el consenso;

(ix) la duración del Tratado es indefinida; quedando abierto a la adhesión previa negociación, de cualquier país de la ALADI. Así, Venezuela se convirtió en Estado parte⁹⁰⁶; y existen además siete Estados asociados⁹⁰⁷:

(a) el Estado Plurinacional de Bolivia: se encuentra en proceso de adhesión;

(b) Chile, Colombia, Ecuador y Perú, Guyana y Surinam.

II.5. Estructura orgánica

El Mercosur posee los siguientes órganos⁹⁰⁸:

- i. el Consejo del Mercado Común (CMC);
- ii. el Grupo Mercado Común (GMC) y sus Subgrupos de Trabajo;
- iii. la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM);
- iv. el Parlamento del Mercosur (PM);
- v. el Foro Consultivo Económico y Social (FCES);
- vi. La Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM);
- vii. el Tribunal Permanente de Revisión (TPR).
- viii. el Instituto Social del Mercosur (ISM); y
- ix. el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH).

Ciertos órganos -Consejo y Grupo- ya existían desde el Tratado de Asunción. Otros fueron creados con posterioridad. Según lo establecido en el art. 1 del Protocolo de Ouro Preto sobre la Estructura

territorios; (c) los productos en cuya elaboración se utilicen materiales no originarios de los Estados Partes, cuando resulten de un proceso de transformación realizado en su territorio, que les confiera una nueva individualidad; (d) los productos resultantes de operaciones de ensamblaje o montaje, utilizando materiales originarios de terceros países, cuando el valor CIF puerto de destino o CIF puerto marítimo de los mismos no exceda el 40% del valor FOB.

⁹⁰⁶) Aunque se encuentre suspendida en todos sus derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte (datos a septiembre de 2019).

⁹⁰⁷) Los primeros Estados en sumarse fueron Chile y Bolivia (1996). Posteriormente se asocia Perú (2003) y al siguiente año Colombia, Ecuador y Venezuela. Finalmente los últimos en asociarse fueron Guyana y Surinam (2013).

⁹⁰⁸) Art. 1 Protocolo de Ouro Preto.

Institucional del MERCOSUR, los órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental del MERCOSUR son: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR. Los analizamos a continuación.

II.5.a. Consejo del Mercado Común. Según el Protocolo de Ouro Preto,

"El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del MERCOSUR al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común"⁹⁰⁹.

Se prevé que sus integrantes no ocupen cargos electivos en sus respectivos Estados. Se integra con los ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de cada Estado, quienes se reúnen todas las veces que lo estimen oportuno, debiendo hacerlo por lo menos una vez por semestre con la participación de los Presidentes. En estas reuniones podrán ser invitados a participar otros Ministros o autoridades de nivel ministerial. Su presidencia rota cada seis meses. Para el cumplimiento de sus funciones el CMC cuenta con órganos o foros dependientes: la Comisión de Representantes Permanentes del MERCOSUR, Reuniones de Ministros, Grupos de Alto Nivel, entre otros. El CMC se expide a través de decisiones obligatorias para los Estados. Entre sus atribuciones principales hallamos⁹¹⁰:

- i. velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción y su derecho derivado;
- ii. formular políticas y acciones tendientes a la conformación del mercado común;
- iii. ejercer la titularidad de la personalidad jurídica del MERCOSUR;
- iv. negociar y firmar acuerdos con terceros países, grupos de países y organismos internacionales;
- v. pronunciarse sobre propuestas elevadas por el GMC;
- vi. crear los órganos que estime pertinentes, modificarlos o extinguirlos;
- vii. aclarar el contenido y alcance de sus Decisiones;
- viii. designar al Director de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;

II.5.b. Grupo Mercado Común. El GMC es el órgano ejecutivo del MERCOSUR⁹¹¹. Tampoco sus miembros ocupan cargos electivos, tanto los cinco titulares como los cinco alternos por país, son designados por sus Gobiernos, y entre ellos deben constar obligatoriamente representantes de los

⁹⁰⁹) Sección I, art. 3 Protocolo de Ouro Preto.

⁹¹⁰) Art. 8, Protocolo de Ouro Preto.

⁹¹¹) Sección II Del Grupo Mercado Común, arts. 10 y ss. Protocolo de Ouro Preto.

Ministerios de Relaciones Exteriores, Economía o equivalentes y del Banco Central. Se reúne de forma ordinaria o extraordinaria. Las reuniones ordinarias se realizan en forma alternada en los distintos Estados al menos cada tres meses. Las reuniones extraordinarias se realizan en cualquier momento, a solicitud de cualquier Estado Parte. La Decisión CMC N° 12/12 estableció la estructura actual del Grupo Mercado Común y los criterios generales que orientan la creación de futuros órganos que queden comprendidos bajo su órbita. Determinó que el GMC está integrado por las siguientes categorías de órganos: Grupos, Subgrupos de Trabajo, Grupos Ad Hoc y Reuniones Especializadas.

El GMC se expide a través de Resoluciones, obligatorias para los Estados Partes. A través de ellas, cumple sus objetivos principales:

- i. velar por el cumplimiento del Tratado de Asunción y del derecho derivado;
- ii. proponer proyectos de Decisión al Consejo y tomar medidas para su cumplimiento;
- iii. manifestarse sobre propuestas o recomendaciones que le fueren sometidas por los demás órganos del MERCOSUR en el ámbito de sus competencias;
- iv. negociar por delegación expresa del CMC, acuerdos con terceros países, grupos de países y organismos internacionales;
- v - elegir al Director de la Secretaría Administrativa y supervisar sus actividades.

Existen además Subgrupos de Trabajo -SGT-, con funciones técnicas específicas, que se ocupan de diversos temas y funcionan desde principios de 1991.⁹¹²

II.5.c. Comisión de Comercio del MERCOSUR. Es la encargada de asistir al Grupo Mercado Común⁹¹³. Como competencia general, se le asigna el velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisión de temas relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-MERCOSUR y con terceros países. Se integra con cuatro miembros titulares y cuatro alternos por Estado. Las reuniones son mensuales. Cuenta con la asistencia de órganos o foros dependientes, denominados “Comités Técnicos”. Se pronuncia mediante Directivas, que son obligatorias para los Estados Partes. Entre sus principales funciones:

⁹¹²) Según el organigrama oficial del MERCOSUR actualizado a febrero de 2019 hay 18 subgrupos de trabajo: SGT N° 1 Comunicaciones; N° 2 Aspectos Institucionales; N° 3 Reglamentos Técnicos y Evaluación de la Conformidad; N° 4 Asuntos Financieros; N° 5 Transporte; N° 6 Medio Ambiente; N° 7 Industria; N° 8 Agricultura; N° 9 Energía; N° 10 Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad Social; N°11 Salud ; N°12 Inversiones; N°13 Comercio Electrónico; N° 14 Integración Productiva; N° 15 Minería y Geología; N° 16 Contrataciones Públicas; N° 17 Servicios; y N° 18 Integración.

⁹¹³) Este órgano no figuraba en el Tratado de Asunción, respondiendo a una necesidad práctica nacida posteriormente e contemplado en el Protocolo de Ouro Preto. Sección III “De la Comisión de Comercio del MERCOSUR”, arts. 16 y ss.

- i. velar por la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial intra-MERCOSUR y con terceros países, organismos internacionales y acuerdos de comercio;
- ii. considerar y pronunciarse sobre solicitudes presentadas por los Estados Partes con respecto a la aplicación y cumplimiento de los instrumentos de política comercial común;
- iii. monitorear, tomar decisiones e informar al GMC sobre la aplicación del arancel externo común y de los instrumentos de política comercial común;
- iv. proponer al GMC normas o modificaciones a las normas existentes en materia comercial y aduanera del MERCOSUR;
- v. establecer comités técnicos necesarios, dirigirlos y supervisarlos;

Además de lo expuesto, corresponde a la Comisión de Comercio, considerar las reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales, originadas por los Estados Partes o en demandas de particulares -personas físicas o jurídicas-, relativas a las situaciones previstas en los arts. 1 a 25 del Protocolo de Brasilia.

II.5.d. Parlamento del Mercosur. El Tratado de Asunción en su art. 24 hace referencia al establecimiento de una Comisión Parlamentaria Común, sin delinear sus atribuciones. Concluida la etapa inicial, el Protocolo de Ouro Preto asigna a la Comisión Parlamentaria Conjunta el rol de órgano representativo de los Parlamentos de los Estados parte⁹¹⁴, integrándose con igual número de parlamentarios por cada Estado. Durante 12 años la Comisión integró los parlamentos nacionales con los órganos institucionales del MERCOSUR, en especial el CMC y el GMC. En 2003, la Comisión celebró con el CMC, un Acuerdo Interinstitucional para agilizar la tramitación en los congresos nacionales, aquellas temáticas de integración que exigiesen la aprobación legislativa para su recepción por los ordenamientos domésticos. Luego, el CMC aprobó el Programa de Trabajo 2004-2006 que preveía la elaboración de una propuesta relativa al establecimiento del Parlamento del MERCOSUR. En 2004, fue firmada la Decisión del CMC que brindaba autonomía a la Comisión Parlamentaria Conjunta para redactar el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR.

En 2006, los Parlamentos Nacionales de los Estados parte aprobaron el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (Parlasur en más), y el 14/12 en Brasilia, en una Sesión Solemne del

⁹¹⁴) Sección IV, “De la Comisión Parlamentaria Conjunta”, arts. 22 a 27, Protocolo de Ouro Preto.

Congreso Nacional, se constituyó el Parlasur. El 07/05/2007 en Montevideo -sede oficial del Parlasur-, fue realizada la Sesión de Instalación, oportunidad en que tomaron sus cargos los Parlamentarios Mercosureños. Así, se dio inicio a la primera etapa de transición prevista -del 31/12/2006 al 31/12/2010- con cargos ocupados por 18 representantes elegidos por cada congreso de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

En 2009 se celebró el Acuerdo Político que estableció la proporcionalidad atenuada, hasta que cada Estado Parte realizara su elección directa. El número de miembros del Parlasur quedó constituido de la siguiente manera: Argentina 43; Brasil 75, Paraguay 18; Uruguay 18 y Venezuela 33. El Congreso argentino en 2014, aprobó la Ley Electoral para la elección directa de los 43 Parlamentarios del PARLASUR, conforme al criterio de representación ciudadana. Se ha acordado que para 2020 todos los miembros del Parlasur sean electos directamente. Los Parlamentarios de Paraguay son electos directamente desde 2007.

En octubre de 2015, se celebraron las elecciones directas en Argentina donde fueron elegidos sus 43 Parlamentarios, jurando sus bancas el 14/12/2015. Con la Decisión que establece a Bolivia como Estado en proceso de adhesión al MERCOSUR, este país pasa a integrar el PARLASUR con derecho a voz aunque sin derecho a voto. Cuando se complete su adhesión plena, contará con 18 representantes. En caso que un nuevo Estado se constituya en parte plena del Tratado de Asunción, contará con el número de bancas conforme las especificaciones previstas en el respectivo acuerdo de adhesión.

El Parlasur posee un reglamento interno que prevé diez sesiones plenarias por año, en la sede en Montevideo o en el territorio de cualquier Estado parte. Cuenta con 10 comisiones permanentes para el ejercicio legislativo en cuestiones específicas, compuestas por 14 parlamentarios cada una. La instancia de mayor representación del PARLASUR es la Sesión Plenaria, donde se deciden los actos definidos en la competencia legislativa del cuerpo.

II.5.e. Foro Consultivo Económico y Social. Es el órgano de representación de los sectores económicos y sociales, estando integrado por igual número de representantes de cada Estado⁹¹⁵. Su función es consultiva y se manifiesta mediante Recomendaciones que son formuladas al GMC, a solicitud de éste. Además, da seguimiento, analiza y evalúa el impacto social y económico derivado de las políticas destinadas al proceso de integración y las diversas etapas de su instrumentación.

⁹¹⁵) Sección V, "Del Foro Consultivo Económico-Social", arts. 28 a 30, Protocolo de Ouro Preto.

II.5.f. Secretaría Administrativa del MERCOSUR. Es un órgano de apoyo operativo⁹¹⁶. En diciembre de 1996, el MERCOSUR firmó con Uruguay el Acuerdo Sede para el Funcionamiento de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, aprobado por la Decisión CMC N° 04/96. Hasta 2002, la Secretaría desempeñó principalmente tareas administrativas. La Decisión CMC N° 30/02 le asignó nuevas funciones y creó el Sector de Asesoría Técnica (SAT), integrado por cuatro Asesores Técnicos. Entre las atribuciones de este sector, se encuentra el prestar asesoramiento y apoyo técnico a los demás órganos. A este fin, la Decisión CMC N° 07/07, sobre Estructura y Funcionamiento de la Secretaría del MERCOSUR, redefine las competencias de los Sectores que integran la SM.⁹¹⁷ Cumple las siguientes funciones:

- i. es el archivo oficial de la documentación MERCOSUR;
- ii. publica y difunde las normas adoptadas⁹¹⁸;
- iii. organiza los aspectos logísticos de las reuniones del CMC, del GMC y de la Comisión de Comercio del MERCOSUR;
- iv. informa a los Estados sobre las medidas implementadas por cada país para incorporar en su ordenamiento jurídico las normas surgidas de los órganos MERCOSUR;
- v. registrar las listas nacionales de árbitros y expertos;

La SA está a cargo de un Director, electo por el GMC en forma rotativa, previa consulta a los Estados Partes y designado por el CMC. Su mandato es de 2 años, estando prohibida la reelección.

III. Solución de controversias: Tribunales ad hoc y Tribunal Permanente de Revisión

El Tratado originario no previó órgano alguno destinado a la solución de controversias. Su Anexo III mencionaba un procedimiento transitorio, caracterizado por negociaciones intergubernamentales directas. Las Partes adoptaron un procedimiento especial para el período de transición que transcurrió entre la vigencia efectiva del Tratado -29/11/1991- y la entrada en vigor de la unión

⁹¹⁶ Sección VI, "De la Secretaría Administrativa del Mercosur", arts. 31 a 33, Protocolo de Ouro Preto. Su sede permanente es la ciudad de Montevideo.

⁹¹⁷ Posteriormente, junto con los sectores existentes, se ha reforzado el perfil técnico de la SM con la creación en su ámbito de las siguientes unidades: Unidad Técnica Focem (UTF), Unidad Técnica de Estadísticas de Comercio Exterior del MERCOSUR (UTECEM), Unidad Técnica de Cooperación Internacional (UTCI), Unidad Técnica de Educación (UTE) y Unidad de Información y Comunicación (UCIM).

⁹¹⁸ Protocolo de Ouro Preto, art. 39. En este contexto: i) realiza las traducciones auténticas para los idiomas español y portugués de todas las decisiones adoptadas por los órganos de la estructura institucional del MERCOSUR, conforme lo previsto en el art. 39; ii) edita el Boletín Oficial del MERCOSUR, en el que son publicados íntegramente, en idioma español y portugués, el tenor de las Decisiones del CMC, de las Resoluciones del GMC, de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR y de los Laudos Arbitrales de solución de controversias, así como cualquier acto al cual el Consejo o el Grupo entiendan necesario atribuirle publicidad oficial.

aduanera -1/1/1995-. El 17/12/1991 se suscribe el Protocolo de Brasilia (PB) que inicia el esquema procedimental de los Tribunales Arbitrales ad hoc. Sirvió para la sustanciación de nueve diferendos entre los Estados partes sobre cuestiones de diversa índole entre 1992 y 2004. El Protocolo de Ouro Preto de 1994 (POP en más) prolongó la vigencia del Protocolo de Brasilia:

“Las controversias que surgieran entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo de Brasilia, del 17 de diciembre de 1991”⁹¹⁹.

El Protocolo de Olivos (2002-2004 PO en mas) dará forma a las instituciones Mercosureñas y especialmente al procedimiento de solución de controversias. Así, crea una instancia permanente, el llamado Tribunal Permanente de Revisión (TPR), para garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración. El PO mantuvo los tribunales ad-hoc, aunque impulsó un nuevo sistema arbitral, con el establecimiento del TPR, con sede en Asunción de Paraguay. De esta forma, queda conformado un mecanismo de negociaciones directas previo a la instancia arbitral, luego un mecanismo opcional de conciliación ante el GMC y por último un tercer mecanismo obligatorio de carácter arbitral.

Los Tribunales Arbitrales son ad-hoc, se componen por tres jueces elegidos de una lista de 40 designados en igual proporción por los Estados. Cada parte en la controversia designa un árbitro, siendo el tercero de nacionalidad distinta de los dos anteriores y elegido de común acuerdo entre los mismos, quien preside el Tribunal. Si no hay acuerdo en esta última elección, la decisión corresponde a la Secretaría. Cada Tribunal fija sus reglas de procedimiento y su sede, recibiendo la información total de toda instancia anterior ocurrida, como así también los fundamentos de hecho y derecho de las posiciones. El derecho a aplicar es de índole comunitaria, con especial mención de las fuentes normativas mencionadas por Ouro Preto, aun cuando se faculte al Tribunal Arbitral a fallar *ex aequo et bono*, si así es convenido por las partes.

El Tribunal puede adoptar medidas preventivas, si le son solicitadas por las partes. Noventa días es el límite máximo para emitir el laudo fundado, por mayoría y confidencial en la votación. Otros caracteres relevantes del laudo son su obligatoriedad, ya que debe ser cumplido en 15 días desde su notificación. Para el caso de inobservancia, se prevé y faculta a los otros Estados partes en la

⁹¹⁹) Protocolo de Ouro Preto. Capítulo VI. Sistema de Solución de Controversias. art. 43.

controversia, a la adopción de medidas compensatorias temporarias⁹²⁰.

La estructura del TPR comprende a los Árbitros (art. 18 PO) y a una Secretaría⁹²¹. El Tribunal está integrado por cinco Árbitros titulares, uno por cada Estado Parte, con un suplente. La Secretaría del Tribunal está compuesta por un Secretario nacional de cualquiera de los Estados Partes, designado por el CMC por concurso de méritos, y cuatro áreas bajo su supervisión.

El TPR puede entender en primera y única instancia o bien como tribunal de alzada a pedido de un Estado parte en una controversia relativa a la aplicación del derecho realizada por un Tribunal ad hoc (arts. 19, 23 y 17 PO). Finalmente, se puede recurrir al TPR para solicitar Opiniones Consultivas (art. 3 PO) y para supuestos en los que los Estados Partes activen el procedimiento establecido para las Medidas Excepcionales de Urgencia.⁹²²

No sólo los Estados miembros pueden verse involucrados en una controversia. Los particulares y la iniciativa privada juegan un rol fundamental a fin de impulsar cualquier integración. Por esto, los conflictos que los afecten deben tener una solución rápida. Restan evaluar dos casos que se presentan cotidianamente en los negocios globales: (i) cuando la controversia enfrenta a particulares y un Estado extranjero; y (ii) cuando entran en conflicto los intereses de particulares de dos o mas Estados miembros. Los analizamos.

III.1. El acceso del particular a la Justicia Comunitaria: conflictos entre particulares y un Estado parte

Este punto es relevante porque es la segunda vez en la órbita normativa Latinoamericana, que se otorga a la persona física o jurídica la posibilidad de acceder a un órgano supranacional en caso de una alegada violación del derecho de integración, aún contemplando las limitaciones que expondremos a continuación⁹²³.

Primero, en cuanto al objeto del reclamo, se establece que los particulares pueden impugnar tanto la sanción como la aplicación por cualquiera de los Estados parte, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, que violen ya sea el Tratado de Asunción, sus acuerdos derivados, las decisiones del CMC o las resoluciones del GMC.

⁹²⁰ Ejemplos de tales medidas son la suspensión de concesiones o equivalentes.

⁹²¹ art. 35, CMC/DEC N°37/03; GMC/RES N°66/05 y GMC/RES N°39/10.

⁹²² CMC/DEC N°23/04.

⁹²³ Entendemos como la primera oportunidad de acceso a la justicia supranacional, al procedimiento de denuncia ante la Comisión Interamericana, instituido por el Pacto de San José de Costa Rica para casos de violaciones de los derechos humanos reconocidos en el mismo. Este punto esta contemplado por los arts. 25 a 32 del Protocolo en análisis.

Segundo, en cuanto al procedimiento, el primer reclamo se efectúa ante la Sección Nacional del GMC, encargada de determinar la verosimilitud de la violación y eventual perjuicio. Si el reclamo es admitido, la Sección Nacional puede entablar conversaciones con su similar del Estado denunciado o elevarlo sin más trámite al GMC. Si se opta por lo primero y no se obtiene solución en 15 días, el denunciante puede solicitar directamente el envío de su reclamo al GMC. Éste puede rechazar el reclamo *in limine* o convocar a un grupo de expertos que previa audiencia con las partes involucradas, emite un dictamen en un plazo improrrogable de 30 días. Los expertos son elegidos de entre un grupo de 24 personas que proponen los Estados. Finalmente el dictamen es elevado al GMC. Si el reclamo es viable, cualquier Estado puede pedir la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas impugnadas. Si esto no prospera en 15 días, el Estado parte donde se originó el reclamo, puede recurrir al procedimiento arbitral ya comentado, endosando el reclamo de su nacional.

Una primera lectura permite apreciar que no es necesaria la efectiva producción del daño, ni que el mismo sea propio de quien reclama. Esto parece desprenderse de la posibilidad de reclamar por la mera sanción de una norma que se considera violatoria del derecho de la integración. El sistema comentado tiene mucho más de procedimiento administrativo que judicial. En sí, la acción de los particulares se limita a la denuncia de la norma que se estima violatoria. La finalidad permitida consiste en decidir una contramedida por parte del Estado afectado, o bien la derogación de la norma denunciada por parte del Estado denunciado. Entonces, aun existiendo un perjuicio concreto, patrimonial y con los requisitos del daño resarcible, el particular se limita a señalar la causa y sólo esperar la pérdida de poder dañoso de la norma denunciada.

III.2. Las controversias entre particulares

El tipo de conflicto que resta por analizar contempla las relaciones contractuales entre particulares habitantes del mercado ampliado, que supongan un conflicto. Aclaramos que la visión que exponemos se toma desde la perspectiva de la normativa Argentina.

En primer lugar, se destaca la ausencia de fuentes comunes entre los Estados del MERCOSUR, por lo cual será necesario utilizar diversos esquemas según las relaciones vigentes establecidas entre los países, hasta tanto se legislen disposiciones comunes. Con Brasil, al no haber tratados específicos, el poder judicial de cada país resolverá según su fuente interna, en tanto que entre Argentina, Paraguay y Uruguay, se halla vigente el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de

1939/40.

En cuanto a la jurisdicción actuante, en relación con Brasil, rigen las normas de procedimiento y de fondo nacionales, esto es, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el Código Civil y Comercial Unificado.⁹²⁴ En consecuencia, el demandante podrá optar entablar su demanda entre: (i) el domicilio o residencia habitual del demandado; (ii) el lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones del contrato; o (iii) el lugar donde se ubica la agencia, sucursal o representación, siempre que haya participado en la negociación o celebración -Código Civil y Comercial Unificado-. Podrá igualmente existir prórroga de la jurisdicción, anterior o posterior a la demanda -Código de Procedimiento Nacional-. Este esquema podría provocar una simultaneidad de juicios.

En relación con Uruguay y Paraguay, vigente el Tratado de Montevideo, el demandante podrá elegir entre el domicilio del demandado, el juez del país cuyo derecho resulta aplicable, o como tercera opción, mencionamos la prórroga de jurisdicción, la cual será viable luego de surgido el conflicto y si es aceptada por el demandado.⁹²⁵

Mencionamos a continuación ciertas relaciones jurídicas que por su naturaleza, son las de mayor potencialidad de conflicto. Son ellas las sociedades, el transporte terrestre y mixto, los seguros, cheques y otros papeles de comercio y la navegación.

Con relación a Brasil, las fuentes legales son las de derecho interno ya mencionadas: los Códigos Procesal Nacional, y Civil y Comercial Unificado en sus arts. 1 y 2650 respectivamente, exceptuando al tema de la navegación, regido por la ley de Navegación N° 20.094 y mod.. Esta última norma otorga competencia a los tribunales argentinos, cuando sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera en los casos en que según la misma ley, el buque pueda ser embargado⁹²⁶. Respecto de la prórroga de jurisdicción, producido un hecho generador de una causa cuyo conocimiento corresponda a tribunales nacionales, los residentes en el país pueden convenir, con posterioridad al mismo, el prorrogar la cuestión a árbitros o tribunales extranjeros⁹²⁷.

Dentro de la navegación, en relación con ciertos contratos específicos como el de utilización, son competentes los tribunales nacionales si la obligación debe cumplirse en el país, o si lo elige el actor por el domicilio del demandado⁹²⁸. En el contrato de fletamento⁹²⁹, o cualquier otro contrato por el

⁹²⁴ Específicamente, el art. 1 del CPCC, y el art. 2650 del CCyCom. unificado.

⁹²⁵ Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939/40, art. 56.

⁹²⁶ Ley de Navegación N° 20.094, art. 621.

⁹²⁷ Ley de Navegación N° 20.094, art. 621.

⁹²⁸ Ley de Navegación N° 20.094, art. 614.

⁹²⁹ Fletamento total o parcial, transporte de carga general o bultos aislados. Ley de Navegación N° 20.094, art. 614.

cual el transportador asuma la obligación de entregar efectos en destino, es nula toda jurisdicción salvo la Argentina. En el contrato de seguro, son competentes los tribunales argentinos cuando el domicilio del asegurador, su sucursal o agencia están en el país, o si mediando opción del asegurador, de su sucursal o agencia, éstos deciden demandar ante los tribunales del domicilio del asegurado.⁹³⁰ Finalmente en el contrato de ajuste, tienen competencia los tribunales argentinos conforme las competencia que les corresponda de acuerdo a las leyes generales, y en todas las acciones derivadas de un contrato que fue o debió ser cumplido en un buque de bandera nacional.⁹³¹

El tema cambia respecto de la relación existente con Paraguay y Uruguay, desde que los Tratados de Montevideo de 1939/40, contienen normas específicas.

En relación con las sociedades comerciales, en los litigios entre socios, entiende el juez del domicilio de la sociedad, y cuando median diferencias entre terceros y la sociedad, el actor puede optar entre el domicilio de la sociedad, el lugar de realización de la operación controvertida, o los establecimientos, sucursales o agencias.⁹³²

Respecto del transporte de mercaderías, el actor opta entre el lugar de partida, el lugar de destino, o cualquier lugar en tránsito con representación del demandado; en el transporte de personas, el actor tiene opción para elegir entre el destino del pasajero y el lugar de celebración del contrato⁹³³.

En el tema de los seguros, el actor opta entre los domicilios del asegurador, de sus sucursales o agencias, del asegurado, o el país cuyo derecho rige el contrato.⁹³⁴

En los conflictos surgidos a raíz de papeles comerciales, el actor opta entre el domicilio del demandado al obligarse, o el domicilio del demandado al entablar la demanda.⁹³⁵

Por último, respecto de Paraguay y Uruguay, en relación con la navegación, y al igual que con Brasil, las situaciones son regidas por el Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940.

En cuanto a los seguros, el asegurado elige entre el domicilio de la aseguradora, sucursales o agencias; la aseguradora puede concurrir a los tribunales del domicilio del asegurado; en los casos de fletes, transporte de mercaderías o personas, si es realizado entre puertos de un mismo estado, lo rigen las propias leyes, cualquiera sea la nacionalidad del buque, pero si debe ejecutarse en otro

⁹³⁰) Ley de Navegación N° 20.094, art. 620.

⁹³¹) Ley de Navegación N° 20.094, art. 616.

⁹³²) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1939/40, art. 11.

⁹³³) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1939/40, arts. 16 y 17 respectivamente.

⁹³⁴) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1939/40, art. 13.

⁹³⁵) Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1939/40, art. 35.

país, el actor elige entre el lugar de ejecución del contrato o el domicilio del demandado, siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario⁹³⁶.

IV. Fuentes jurídicas del MERCOSUR

Se establecen como fuentes jurídicas del MERCOSUR⁹³⁷:

- (i) el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- (ii) los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- (iii) las Decisiones del CMC, las Resoluciones del GMC y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR mencionados en el art. 2 del Protocolo de Ouro Preto,⁹³⁸ tienen carácter obligatorio y en caso de ser necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por cada legislación. Los Estados Miembros se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR.⁹³⁹ Como complemento y a fin de garantizar la vigencia simultánea en los Estados Partes de las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR, el Protocolo de Ouro Preto establece el procedimiento pertinente⁹⁴⁰:

- (i) Una vez aprobada la norma, los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional y comunicarán las mismas a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR;
 - (ii) Cuando todos los Estados Partes hubieran informado la incorporación a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR comunicará el hecho a cada Estado Parte;
 - (iii) Las normas entrarán en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría Administrativa del MERCOSUR.
- Con ese objetivo, los Estados Partes, dentro del plazo mencionado, darán publicidad del inicio de la vigencia por medio de sus respectivos diarios oficiales.

⁹³⁶) Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940, art. 27.

⁹³⁷) Protocolo de Ouro Preto. Capítulo V. Fuentes Jurídicas del Mercosur. arts. 41 y 42.

⁹³⁸) Protocolo de Ouro Preto. art. 2: Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

⁹³⁹) Protocolo de Ouro Preto. Capítulo IV. Aplicación Interna de las Normas Emanadas de los Organos del MERCOSUR. art. 38. Como complemento de lo antedicho, se añade un parágrafo Unico al art. 38, el cual reza: Los Estados Partes informarán a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR las medidas adoptadas para este fin.

⁹⁴⁰) Protocolo de Ouro Preto. art. 40.

A través de la Opinión Consultiva 1, el TPR del MERCOSUR opinó por mayoría que “las normas del MERCOSUR internalizadas prevalecen sobre las normas del derecho interno de los Estados”. Fundamentó la opinión en la propia naturaleza del derecho del MERCOSUR, que deben tener prevalencia sobre cualquier norma interna, incluyendo “el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de los Estados partes”⁹⁴¹.

FOR AUTHOR USE ONLY

⁹⁴¹) Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Opinión Consultiva No. 1/2007, solicitada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada María Angélica Calvo, vía la Corte Suprema de Justicia de Paraguay en fecha 21/12/2006. Ver <https://www.mercosur.int/institucional/solucion-controversias/opiniones-consultivas/>

Sección Tercera. La integración en Europa

I. Antecedentes históricos de la integración Europea

Jean Monnet participó en 1919 de la creación de la Sociedad de Naciones, de la que fue Secretario General adjunto. Durante la II Guerra Mundial presidió el Comité de Coordinación Franco-Británico para la puesta en común de los recursos aliados. Y en 1943, fue Monnet quien planteó sus ideales europeístas:

*"No habrá paz en Europa, si los Estados se reconstruyen sobre una base de soberanía nacional (...) Los países de Europa son demasiado pequeños para asegurar a sus pueblos la prosperidad y los avances sociales indispensables. Esto supone que los Estados de Europa se agrupen en una Federación o "entidad europea" que los convierta en una unidad económica común".*⁹⁴²

Robert Schuman, ministro francés de Asuntos Exteriores (1948-1952) asumió los planes diseñados por Monnet y propuso una estrategia para el desarrollo de los vínculos económicos, políticos y militares entre Francia y la República Federal de Alemania. El Plan Schuman dio origen a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1952), a la que adhirieron seis países europeos. La idea central era que una vez vencidos los nacionalismos, sería necesario imaginar formas nuevas de unificar a Europa, no relacionadas con el uso de la fuerza. Sin la reconciliación entre franceses y alemanes, una Europa pacífica no era concebible.

La integración europea no es un proceso aislado. El Imperio Romano constituyó el primer esfuerzo para integrar una parte importante de Europa y el norte de África. La Edad Media aporta la idea de unificación bajo el denominador común del cristianismo, y de ella surgen las ideas de "eurocentrismo" y de la "superioridad" de la civilización europea. El Renacimiento y la Ilustración aportarán las ideas de tolerancia, libertad, respeto de los derechos de la persona y la voluntad popular. Para muchos la IGM significó el comienzo del fin de la civilización europea. Para otros en cambio, la capacidad de reacción de Europa dependería a futuro de superar los nacionalismos que habían conducido a la guerra. En 1923 se funda el Movimiento Pan-Europeo que consigue reunir en Viena a distintas figuras políticas en el Primer Congreso Pan-Europeo (1926), aspirando a frenar las ideas comunistas y servir como contrapeso del poderío económico Estadounidense. Aristide Briand, primer ministro francés, pronunció un célebre discurso en 1929 ante la Asamblea de la SDN, en el que defendió la idea de una federación de naciones europeas fundada en la solidaridad, con el objetivo de perseguir la prosperidad económica y la cooperación política y social. La SDN encargó a Briand la presentación de un informe, que realiza en 1930 bajo el nombre de "Memorándum sobre la organización de un sistema de Unión Federal Europea".

⁹⁴²) Discurso dado en 1943 en Argel, cuando su patria estaba bajo ocupación Alemana.

Los primeros dos años de la segunda posguerra estuvieron dominados, en un primer momento, por la ayuda humanitaria destinada a la atención de decenas de millones de heridos, prisioneros y desplazados, poblaciones devastadas y naciones desorganizadas. Las nuevas administraciones en los territorios liberados del control nazi, con la ayuda de los ejércitos aliados y de la organización de las Naciones Unidas para la Ayuda y la Rehabilitación (UNRRA) concentraron su atención en estas actividades de supervivencia. Progresivamente, la acción colectiva se normaliza y los Estados europeos logran reorganizar sus sistemas políticos, económicos y sociales.

Al cesar las hostilidades, los acuerdos de Préstamo y Arriendo entre los Estados Europeos y Estados Unidos concluyeron, aunque quedaba claro que EEUU se vería obligado a proporcionar urgente ayuda a Europa. Así desde julio de 1945, EEUU comienza a enviar ayuda a través de organizaciones, sobre todo la Administración de las Naciones Unidas para Ayuda y Rehabilitación. A principios de 1948 se habían distribuido unos 25.000 millones de dólares por todo el continente, incluyendo Europa oriental. Durante el verano europeo de 1947, EEUU propone un plan de ayuda para la reconstrucción de toda Europa.

El problema económico que afrontaba la Europa de posguerra era que en lugar de reducir su déficit comercial con EEUU, los países continuaban aumentando el porcentaje de importación de bienes de capital norteamericanos, con la intención de iniciar ambiciosos programas de modernización productiva que mejorara sus niveles de competitividad. Siendo las importaciones muy superiores a su capacidad de pago, la demanda hubiera debido ajustarse a la baja limitando el crecimiento. Washington a su vez, no quería que su economía detuviera su propio crecimiento, por lo cual buscó fórmulas para mantener el excepcional nivel de exportaciones y con él, su nivel de actividad y empleo. Otras cuestiones políticas jugaron un rol importante, como el avance de las ideologías comunistas tanto en los gobiernos de la Europa del este, como en los partidos políticos de la Europa occidental, sin dejar de mencionar la situación de la Alemania dividida en dos Estados o la guerra civil en Grecia.

En 1947, el secretario de Estado George Marshall anuncia un nuevo plan de apoyo económico que finalmente quedará limitado a Europa occidental. Los fondos serían administrados por parte de EEUU a través de la Administración de Cooperación Económica, y por el lado Europeo por la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE) formada por 16 Estados y cuyo objeto era determinar las necesidades nacionales y distribuir la ayuda recibida. Entre abril de 1948 y junio

de 1951, el gobierno estadounidense proporcionó a los países de Europa occidental, con excepción de España y Finlandia, ayuda por más de 13.000 millones de dólares de la época. Dicha ayuda constituyó la esencia del Programa de Recuperación de Europa (ERP) o Plan Marshall. El mismo tuvo por objetivo, financiar, durante un máximo de cuatro años, aquellas importaciones que Europa parecía necesitar y que excedían su capacidad de pago. Europa se comprometía, una vez culminada su recuperación posbélica, a iniciar sin dilación el proceso de liberalización comercial al que obligaba el compromiso de Bretton Woods (1944).

Durante el primer año, una parte considerable de los fondos del Plan se utilizó en alimentos. Luego, los fondos fueron empleados para materias primas y la reconstrucción de la capacidad productiva. En conjunto, Estados Unidos pagó 13.365 millones de dólares por las mercancías requeridas por las 16 naciones participantes del Programa, de los cuales 5.539 millones fueron para productos alimentarios y agrícolas, 6.167 para mercancías industriales y el resto en otros servicios. Los países más beneficiados fueron algunos de los pequeños, como Grecia, Austria y Holanda. El resto (grandes y pequeños) obtuvieron recursos correspondientes, aproximadamente, a una proporción que variaba entre el 5 y el 10 % de su PNB (1950). Es difícil estimar el impacto del programa con precisión, pero es claro que sin él, la recuperación europea se hubiera visto gravemente dificultada. El impacto cualitativo de estos incrementos adicionales fue importante, especialmente en términos de la reconstrucción de las industrias básicas.

II. Instituciones gubernamentales europeas

Dentro del esquema europeo, tres grupos de organizaciones pueden ser consideradas en base a sus objetivos y componentes.

El primer grupo se compone de las llamadas organizaciones euro-atlánticas, que surgieron de la asociación entre Estados europeos y EEUU tras la IIGM. En este contexto nacen la Organización Europea de Cooperación Económica -OECE-, posteriormente Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -OCDE-, y también la Organización del Tratado del Atlántico Norte -OTAN⁹⁴³-, pacto militar aglutinante de la mayoría de los Estados europeos occidentales, EEUU y Canadá.

El segundo grupo de organizaciones europeas tiene por característica el poseer una estructura que permite la participación del mayor número de Estados posible, asumiéndose implícitamente que su

⁹⁴³) La OTAN -o NATO en inglés-, la cual tuvo su correlato socialista en el llamado Pacto de Varsovia, dejado sin efecto en el transcurso del primer semestre de 1991.

accionar no trasvasará la cooperación interestatal, dentro de un marco bien definido de soberanías estatales concurrentes. Así nace el Consejo de Europa, compuesto por 47 Estados miembros (a 2019), dirigido a promover valores comunes como la democracia, los derechos humanos y el imperio de la ley. Su fundamento normativo más trascendente es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) más sus protocolos Adicionales y la Corte Europea de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo.

Por último, el tercer grupo de organizaciones tuvo por horizonte la búsqueda de una unión económica. Este fue el objetivo perseguido por la Comunidad Europea del Carbón y del Acero -CECA-, la Comunidad Europea de la Energía Atómica -CEEA- y la Comunidad Económica Europea -CEE-. Si bien jurídicamente son independientes, juntas conformaron la Comunidad Europea -CE-, cuya novedad respecto de las organizaciones antes nombradas, consiste en que la asociación interestatal implica la delegación de facultades soberanas. La Comunidad Europea constituye el núcleo de la Unión Europea, nacida en 01/11/1993, al entrar el vigor el Tratado de Maastricht.

III. Unión Europea: nacimiento y objetivos

III.1. Primeros pasos: de la CECA al Tratado de Roma

La primera experiencia de integración europea tuvo por protagonista a los sectores clave de la primera industrialización. En mayo de 1950, Schuman, ministro francés de Asuntos Exteriores, propuso colocar la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una autoridad común e invitar a participar en dicha organización al resto de los países europeos. Afirmaba la “Declaración Schuman”:

*"Señores, no es cuestión de vanas palabras, sino de un acto, atrevido y constructivo. Francia actúa y las consecuencias de su acción pueden ser inmensas. Así lo esperamos. Francia actúa por la paz (...) y asocia a Alemania. Europa nace de esto, una Europa sólidamente unida y fuertemente estructurada. Una Europa donde el nivel de vida se elevará gracias a la agrupación de producciones y la ampliación de mercados que provocarán el abaratamiento de los precios. (...) Europa no se hará de golpe, ni en una obra de conjunto, se hará por medio de realizaciones concretas, que creen, en primer lugar, una solidaridad de hecho. El gobierno francés propone que se someta el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una autoridad común, en una organización abierta a la participación de otros países de Europa. La puesta en común de la producción del carbón y del acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la Federación Europea (...)".*⁹⁴⁴

⁹⁴⁴) Declaración Schuman de 9/05/1950.

En suma, Francia renunciaba a su soberanía en un sector esencial para la actividad económica de la época, al tiempo que reconocía como aliada a la República Federal de Alemania.

En forma contemporánea, Winston Churchill pronunciaba un célebre discurso en la Universidad de Zurich (Suiza, 1946), considerado por muchos como el primer paso hacia la integración durante la posguerra:

"Quisiera hablar hoy del drama de Europa (...) Entre los vencedores sólo se oye una Babel de voces. Entre los vencidos no encontramos sino silencio y desesperación (...) Existe un remedio que, si fuese adoptado global y espontáneamente por la mayoría de los pueblos de los numerosos países, podría, como por un milagro, transformar por completo la situación, y hacer de toda Europa, o de la mayor parte de ella, tan libre y feliz como la Suiza de nuestros días. ¿Cuál es este remedio soberano? Consiste en reconstituir la familia europea o, al menos, en tanto no podamos reconstituirla, dotarla de una estructura que le permita vivir y crecer en paz, en seguridad y en libertad. Debemos crear una suerte de Estados Unidos de Europa. (...) Para realizar esta tarea urgente, Francia y Alemania deben reconciliarse."

La renuncia a la soberanía permitió la creación de estructuras supranacionales, mientras que el entrelazado de vitales intereses económicos nacionales en el corazón de Europa, facilitó erradicar la principal fuente de inestabilidad continental desde 1870. Europa encontraba una Alemania democrática y poderosa.

Desde la firma de los tratados de paz de la segunda posguerra, comenzaron a presentarse diversos ensayos de cooperación occidental. Con la creación de la Comunidad Económica Europea —a la que luego referimos— se modifican los equilibrios intraeuropeos, sobre todo en aquellas organizaciones compuestas por países que no participaban de la misma.

La Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) creada en 1959 y liderada por Gran Bretaña, agrupaba a Dinamarca, Austria, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza. A partir de 1961, Finlandia se incorpora como Estado asociado. Todos eran países pequeños, que se encontraban o bien orientados al comercio con el Reino Unido, o que no podían incorporarse a la CEE por exigencias políticas (como la cláusula democrática, que Portugal no cumplía), o por obligación de neutralidad que no se compadecía con la orientación más política de la CEE (como Austria y Finlandia). Sólo España y Grecia acabaron quedando fuera de estas grandes alianzas comerciales.

Los Estados que había quedado dentro de la órbita Soviética fueron invitados a participar del Plan Marshall, invitación rechazada a instancias de la propia URSS, que como respuesta política a la

creación de la OTAN, generó el Consejo de Asistencia Económica Mutua (COMECON, 1949). Esta organización agrupó a los Estados Europeos de economía socialista. En el área soviética no hubo un Plan Marshall, ya que la propia URSS cobró indemnizaciones de guerra a los países ocupados por el Nazismo durante la guerra, sobre todo a aquellos que habían formado parte de la Alemania nazi o fueron sus aliados militares. Este drenaje de recursos hacia la URSS -consistente en material de transporte, maquinaria, materias primas y productos semielaborados- frenó la capacidad de reconstrucción de las economías de los países del Este. Este proceso concluye con la creación del COMECON.

III.2. Etapas de la integración en la Unión Europea

La Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) fue la primera de tres comunidades europeas constituidas, que terminarán conformando la unión económica y social que se conoce como Unión Europea. Nace con el Tratado de París (18/04/1951), siendo sus miembros Alemania, Italia, Francia y el Benelux. La CECA reconoce como propósito fundante, el crear un mercado común del *acero y el carbón*, con una política de inversiones también común y bajo la dirección y poder de una Alta Autoridad como órgano ejecutivo.

Las otras dos comunidades, la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), nacen junto al Tratado de Roma (25/03/1957)⁹⁴⁵, y finalmente todas ellas se unirán en torno de la Comunidad Económica Europea, hecho de capital importancia que se produce en el año 1965, en tanto que desde el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea, el nombre genérico ha pasado a ser el de Unión Europea (UE en mas).

El Tratado de Roma de 1957 significó un triunfo para los europeístas como Robert Schuman y Jean Monnet que ante la imposibilidad de consolidar de manera inmediata una unión política, desarrollaron un proceso de integración que afectase de manera paulatina diversos sectores de la economía, creando instituciones supranacionales en las que los Estados miembros ceden parte de su soberanía respecto de ciertas cuestiones. Se inicia así un proceso por el cual la progresiva integración económica allana el camino a la unión política.

En una síntesis cronológica de la evolución de la UE, destacan ciertas etapas:

- (i) en la primera etapa (1958-1962) hay una reducción paulatina de derechos aduaneros, y un intento de unidad aduanera tanto en la agricultura como en materia de circulación de

⁹⁴⁵ Este tratado fue firmado en 1957 por Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Holanda y Luxemburgo y allí se determinan los objetivos de la Comunidad Europea, las instituciones y la política general y se crea la unión aduanera.

capitales, transporte y mano de obra. En 1959 se crea la Europa de los Siete -asociación diferente de la CEE-. En 1961 Gran Bretaña solicita su ingreso, pero el mismo es denegado por la oposición de Francia, ya que el Reino Unido quería competir internacionalmente por el azúcar de las Antillas y los lácteos de Nueva Zelanda;

(ii) durante la segunda etapa (1962-1968) la agricultura se convierte en prioridad. Este período se conoce como el de la Europa Verde. En 1962 se mantienen las primeras conversaciones con USA y la CEE firmará acuerdos de cooperación con Turquía, Israel e Irán;

(iii) en la tercera etapa (1968-1973) se logra la unidad aduanera. Otro hecho de importancia es la incorporación del Reino Unido, Irlanda (Eire) y Dinamarca (1973). También se logra la libre circulación de la mano de obra;

(iv) la cuarta etapa (1973-1984) es un período de crisis, que nace con el conflicto de Medio Oriente y el embargo petrolero por parte de los países de la OPAEP. Se discute un posible sistema monetario europeo, que se pretende lograr con una unidad monetaria única llamada ECU (European Unit Currency). Se produce la "guerra agrícola" entre el Reino Unido, contrario a los subsidios y Francia e Italia que defendían esta política. La crisis económica deviene financiera y política a principios de 1980. En 1982 destacan las medidas económicas sancionatorias tomadas contra Argentina a raíz del conflicto de Malvinas-Falkland. En 1979 los ciudadanos votan por primera vez en la elección directa de diputados al Parlamento Europeo de Estrasburgo. Grecia se convierte en el décimo Estado miembro de la Comunidad en 1981;

(v) durante la quinta etapa (1984 - 1993) se encaran nuevos planes de acción para enfrentar la cambiante política internacional, junto a la inédita configuración del ordenamiento mundial, consecuencia de la Perestroika y los cambios en el mundo socialista. Son características: el mayor desarrollo industrial; los resultados logrados en base a la política de subsidios al agro: primero el auto abastecimiento y luego la exportación. Se logra una estabilidad monetaria e inflacionaria, se supera el problema energético y se intenta una unificación del mercado cambiario. España y Portugal acceden a la CE en 1986. Alemania se reunifica en 3/11/90. En Schengen se decide suprimir los controles fronterizos internos;

(vi) sexta etapa (1993 - 2008). La firma del Tratado de Maastricht y su entrada en vigor hacia fines de 1993 da lugar al nacimiento de la Unión Europea o *Europa Social*, hecho que lleva a acentuar marcadamente la protección y desarrollo de las cuestiones sociales. En

1995 tiene lugar la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia. En 1999 entra en vigencia el Euro como moneda de cuenta y desde 2002 como moneda de curso legal de todos los miembros, con excepción del Reino Unido, Dinamarca, Grecia y Suecia. Nace el Banco Central Europeo. En 2004 se incorporan la República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia. Por el Tratado de Lisboa, firmado en diciembre de 2007, se sustituye a la Constitución para Europa de 2004 que había fracasado. Finalmente, en 2007 se incorporan Rumania y Bulgaria;

(vii) séptima etapa (2009 - ...). Diversos Estados han manifestado su interés en sumarse al bloque, entre ellos, Croacia, Macedonia, Turquía. En 2013 Croacia logra la incorporación, sumando entonces 28 Estados miembros. Surgen los nacionalismos xenófobos, la cuestión de los migrantes, el cambio climático y el Brexit.

El Reino Unido realiza el 23/06/2016 un referéndum sobre su permanencia en la Unión Europea, conocido como Brexit. El resultado asombró incluso a quienes lo habían convocado por motivos de política interna y que estaban seguros de su rechazo. La opción de salir de la UE triunfa con el 51.9% contra el 48.1% de quienes optaron por permanecer, dividiéndose claramente los electores entre los ganadores y perdedores de la globalización. Entre los primeros, que votaron por continuar en la unión, se encontraron los habitantes de las grandes ciudades, dedicados a los servicios y menores de 50 años. Entre los segundos que optaron por volver el tiempo atrás, quienes habitan el interior de las regiones, dedicados a la agricultura y comercio minorista, y básicamente en la cúspide de la pirámide etárea. Así, el Reino Unido se convierte en el primer país en la historia de la UE en retirarse, sin dejar de considerar que en Escocia, Irlanda del Norte y Gibraltar además de la mayoría de Londres, predominó la opción de la permanencia. Los problemas para negociar la salida han sido múltiples lo que llevó a radicalizar las posiciones, evitando un acuerdo intermedio en la propia política Británica, que desde la votación ha visto caer dos primeros ministros -Cameron y May-, logrando finalmente el premier Boris Johnson la mayoría necesaria en el Parlamento para aprobar una salida concreta para el 31/01/2020 fecha a partir de la cual se inicia un período de transición de 11 meses dirigido a establecer la futura relación bilateral.

III.3. Órganos comunes principales

III.3.a. El Consejo Europeo⁹⁴⁶. Tiene su origen en las reuniones cumbres de los jefes de Estado. Es

⁹⁴⁶) Arts. 13, 15, 26 y 27 y art. 42 (2) del Tratado de la Unión Europea.

un órgano político, integrado por los jefes de Estado o de gobierno y el presidente de la Comisión Europea. Se reúne en las llamadas "cumbres europeas" y desde la vigencia del Tratado de Lisboa⁹⁴⁷, el Consejo Europeo es una institución constitucional comunitaria de pleno Derecho. Sus funciones consisten en fijar las directrices políticas generales de la Unión Europea.

III.3.b. El Consejo de Ministros⁹⁴⁸. Es el órgano político, su sede se halla en Bruselas y está integrado por representantes de cada Estado miembro. A este órgano corresponde, junto con el Parlamento Europeo, las funciones legislativa y presupuestaria.

Normalmente, participan los ministros o secretarios competentes en los temas objeto de la reunión (asuntos exteriores, economía, trabajo, etc.). Es aquí donde se consigue el compromiso entre los Estados miembros y la Comunidad, decidiéndose las votaciones por la "regla de la mayoría". Sin embargo, por regla general se utiliza la mayoría cualificada según los votos ponderados, de forma tal que los grandes Estados posean una mayor influencia, aun cuando ciertos temas requieran unanimidad (impuestos, libre circulación de trabajadores y derechos e intereses de trabajadores).

Sus funciones son legislativas, pudiendo adoptar actos de derecho comunitario jurídicamente vinculantes, y primordialmente ejecutivos, siendo su misión principal la de coordinar las políticas generales de la UE. Es el órgano que cuenta con mayores funciones decisorias, excepto en materia judicial. Son facultades del Consejo de Ministros:

- i. admitir nuevos miembros;
- ii. aprobar el presupuesto;
- iii. fijar las tasas de exportaciones, importaciones, aranceles, e impuestos, que serán administrados por la Comisión;
- iv. planificar y adoptar decisiones sobre política económica y comercial;
- v. aprobar junto con el Parlamento actos legislativos propuestos por la Comisión.

III.3.c. La Comisión⁹⁴⁹. Es el órgano ejecutivo, con sede en Bruselas e integrado por representantes de los Estados Miembros, llamados comisionados y designados por cuatro años. Los mismos actúan a título individual defendiendo el interés común, conservando su independencia frente al gobierno del Estado que los designa.

⁹⁴⁷) EL TL firmado por la Unión Europea (UE) en Lisboa el 13/12/2007, es el que sustituye a la Constitución para Europa tras el fracasado tratado constitucional de 2004. Con este tratado, la UE tiene personalidad jurídica propia para firmar acuerdos internacionales a nivel comunitario.

⁹⁴⁸) Arts. 145 y ss CE.

⁹⁴⁹) Arts. 155 y ss. CE.

La Comisión se encarga de proponer legislación, aplicar las decisiones comunitarias, defender los tratados y asuntos diarios de la UE. Se divide en subcomisiones a las que se asignan temas específicos: relaciones exteriores, agricultura, etc. La Comisión es el motor de la política comunitaria, presentando al Consejo de Ministros proyectos de reglamentación comunitarios (derecho de iniciativa). Además, posee poderes delegados por el Consejo. En virtud de ellos, adopta la normativa de ejecución de sus decisiones, aún cuando generalmente sean los Estados quienes aplican las reglas comunitarias a los casos particulares. Son sus funciones principales:

- i. velar por la guarda, aplicación y vigencia de los Tratados fundacionales y del derecho comunitario, pudiendo recurrir al Tribunal de Justicia;
- ii. iniciar políticas comunitarias y servir como órgano de ejecución de la UE;
- iii. tratar los temarios de las reuniones del Consejo;
- iv. ejecutar el presupuesto de la UE, establecer la política monetaria y económica, colaborar con el Consejo del Banco Central Europeo.

III.3.d. El Parlamento Europeo⁹⁵⁰. Es el órgano soberano con poderes de deliberación y control. Su sede se encuentra en Estrasburgo, Francia, estando integrado por miembros elegidos por los pueblos de los Estados mediante sufragio universal⁹⁵¹. Hasta 1979, los parlamentarios europeos eran miembros de los Parlamentos nacionales a los que se designaba para acudir al Parlamento Europeo. Los Eurodiputados se agrupan por afinidades políticas, en lugar de hacerlo por nacionalidades. El Parlamento Europeo ejerce el derecho de investidura, por el cual el Presidente de la Comisión y sus miembros, son designados por los gobiernos de los Estados miembros previa consulta al Parlamento Europeo. Cuenta con varias funciones distintivas:

III.3.d.1. Funciones legislativas: junto con el Consejo de Ministros, elabora la legislación comunitaria, (normalmente reglamentos y directivas). La Comisión, de naturaleza asimilable al poder ejecutivo, ostenta el cuasi monopolio de la iniciativa, cerrando así el conocido triángulo institucional europeo (Comisión-Consejo-Parlamento). La iniciativa legislativa se flexibiliza al permitirse que el Parlamento Europeo, por mayoría, solicite a la Comisión que presente una propuesta; solicitud que en caso de ser denegada, habrá de ser motivada⁹⁵².

Tras el tratado de Lisboa, el procedimiento de codecisión (contenido en el art. 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) pasa a denominarse procedimiento legislativo ordinario,

⁹⁵⁰) Arts. 137 y ss. CE.

⁹⁵¹) Actualmente -mayo de 2019- en número de 751 representantes.

⁹⁵²) Art. 192 TFUE y art. 42 RPE.

consistiendo en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión de naturaleza legislativa⁹⁵³. Junto a éste, existen otros procedimientos legislativos especiales de carácter excepcional y sólo aplicables cuando los Tratados lo indican.

III.3.d.2. Funciones de control: sólo las posee frente a la Comisión, en tanto ésta debe rendir cuentas al Parlamento, defender su postura en sesión plenaria y pública y presentar ante el mismo un informe general sobre la actividad de las Comunidades. Por el mismo, el Parlamento puede someter a la Comisión a una moción de censura, y si fuera aprobada por 2/3, la Comisión está obligada a dimitir. Puede también el Parlamento Europeo constituir una comisión de investigación para examinar infracciones del derecho comunitario por parte de las instituciones de la comunidad, salvo que ya esté conociendo un órgano jurisdiccional. Por último, los Tratados garantizan el derecho de petición al Parlamento Europeo y crean un Defensor del Pueblo Europeo.

III.3.d.3. Funciones decisorias: establece el proyecto de presupuesto junto con el Consejo y puede realizar modificaciones en determinadas circunstancias. Las decisiones sobre la adhesión de nuevos Estados o asociación de terceros Estados, se adoptan solo con el consentimiento del Parlamento Europeo. En tercer lugar, posee un derecho de veto, por el cual puede impedir que el Consejo apruebe disposiciones que no le parezcan oportunas.

III.3.e. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹⁵⁴. Su tarea consiste en asegurar el respeto del Derecho, mediante la interpretación y aplicación del derecho comunitario. De esta forma, el Tribunal desempeña funciones que en los ordenamientos jurídicos nacionales corresponden a distintos órganos jurisdiccionales. En la Institución conviven dos órganos: (i) el Tribunal de Justicia (TJ) y un Tribunal General (TG), creado en 1989. El Tratado de Lisboa permite también la creación de Tribunales especializados, que conocen en primera o única instancia de materias concretas⁹⁵⁵. Se compone por tantos jueces como Estados miembros, que son asistidos por abogados generales. Su sede se encuentra en Luxemburgo. Los mismos duran seis años en sus funciones, pudiendo ser reelectos.

Su naturaleza supranacional le permite utilizar en sus decisiones no sólo las fuentes del derecho comunitario y del derecho internacional, sino también el derecho interno de los Estados. Aglutina una serie de características propias de un Tribunal Constitucional, una jurisdicción administrativa,

⁹⁵³) Art. 289 TFUE.

⁹⁵⁴) Arts. 164 y ss. CE.

⁹⁵⁵) En ese sentido, existió un Tribunal de la Función Pública, creado en 2005, que operó hasta 2016, momento en que sus competencias revirtieron al Tribunal General.

una jurisdicción civil y una jurisdicción internacional.

Como Tribunal Constitucional, dirige litigios entre los órganos de la Comunidad y la legalidad de la legislación comunitaria. Como Tribunal Administrativo, controla actos adoptados por la Comisión o indirectamente por las autoridades de los Estados nacionales. Como Tribunal del Trabajo y de lo Social, entiende en asuntos relativos a la libertad de circulación y seguridad social de trabajadores, como también la igualdad de trato. Como Tribunal Penal, entiende del control de multas impuestas por la Comisión, y como Tribunal Civil, conoce de los litigios referidos a la indemnización por daños contractuales y extracontractuales⁹⁵⁶, el cumplimiento de las obligaciones de los Estados derivadas del Estatuto del Banco Europeo de Inversiones, los acuerdos del Consejo de Gobernadores y Administración, y en general, en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato, y la interpretación del Convenio de Bruselas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y comercial. Puede ordenar medidas provisionales, aun de oficio. Finalmente, el Tratado de Lisboa le otorga jurisdicción para asegurar el respeto de los derechos humanos protegidos por la Carta de Niza, que es parte de la legislación de la UE, pudiendo en alguna situación superponerse con la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. En resumen, su competencia puede ser:

(a) Contenciosa, en casos de:

- .control de las actividades de las instituciones comunitarias⁹⁵⁷ -recurso de anulación y recurso por omisión, ambos contra el Consejo o la Comisión; recurso por daños y perjuicios contra la Comunidad-;
- .intervención en los recursos contra los Estados Miembros por violación de los tratados o del Derecho Comunitario -Comisión contra estados o estados entre ellos-;
- .intervención en los litigios entre la Comunidad y otras personas jurídicas;
- .en los asuntos de carácter laboral y de seguridad social suscitados entre el personal de la Comunidad.

(b) A título prejudicial: los tribunales nacionales se ven obligados a interrumpir los procedimientos que estén sustanciando, cuando deben obtener del Tribunal una interpretación vinculante referida al Derecho Comunitario⁹⁵⁸. Se faculta al Tribunal a pronunciarse con carácter

⁹⁵⁶) Confrontar arts. 170, 173, 175, 178 y 215. Tratado CEE, con los agregados del TFUE. La vía contractual se rige por la ley aplicable al contrato de que se trate, en la faz extracontractual se establece la obligación para la CEE de reparar los daños causados por sus instituciones o agentes en el ejercicio de sus funciones.

⁹⁵⁷) Art. 258 a 270 TFUE.

⁹⁵⁸) Así sucedió en el hoy recordado caso fallado el 5/02/1963, Autos N. G. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c/ Administración fiscal neerlandesa. (expediente 46/62). Esta decisión de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha devenido ya célebre, por haber estatuido de manera clara y precisa, una de las cuestiones fundamentales del Derecho Comunitario, pronunciándose por la afirmativa, a la doble cuestión que le fue

prejudicial, respecto de las siguientes cuestiones⁹⁵⁹:

- (i) interpretación del Tratado de Roma de 1957;
- (ii) validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad;
- (iii) interpretación de estatutos de organismos creados por un acto del Consejo.

(c) **Consultiva:** interviene en las negociaciones de acuerdos entre la Comunidad, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro, quienes pueden pedir a la Corte un dictamen relativo a cualquier contrato, acuerdo, tratado, etc., que estén en vista de concluir.

III.3.f. El Tribunal General de la Unión Europea. Anteriormente llamado de Primera Instancia, el Tratado de Maastricht⁹⁶⁰ lo reestructuró, facultándolo para conocer de ciertas clases de acciones, definidas por el Consejo luego de consultar en forma conjunta al Tribunal de Justicia, el Parlamento Europeo y la Comisión. Conoce en los procedimientos iniciados por personas físicas o jurídicas contra decisiones que los afecten en forma directa e individual⁹⁶¹. En caso de incumplimiento de una decisión del Tribunal por parte de un Estado miembro, previa vista a la Comisión y al Estado parte, el Tribunal puede multar al renuente⁹⁶². Además, puede controlar actos del Parlamento y del Consejo en forma conjunta, del Consejo, de la Comisión, del Banco Central Europeo, y otros actos del Parlamento que produzcan efectos respecto de terceras partes. En caso que el Parlamento, la Comisión o el Consejo infrinjan el Tratado, los Estados y demás órganos pueden llevarlos ante el Tribunal⁹⁶³. En el supuesto de omisiones de los órganos comunitarios, tanto la persona física como jurídica están legitimadas para recurrir ante el Tribunal⁹⁶⁴. Finalmente y en la faz contenciosa, se le otorga jurisdicción sobre disputas concernientes a las obligaciones emergentes de los tratados, respecto de los bancos centrales nacionales⁹⁶⁵. También entiende en recursos de los funcionarios

presentada por el juez neerlandés, y que consistía en saber si por una parte, el Derecho Comunitario importaba efectos directos de los cuales los particulares podían prevalerse, y por otra parte, si un particular se hallaba legitimado para oponer este derecho ante el juez del Estado del cual era nacional.

⁹⁵⁹) Art. 267 TFUE.

⁹⁶⁰) Tratado sobre la Unión Europea, sus Anexos y Acta Final, como fueron firmados en Maastricht el 7/02/1992, como resultado de las negociaciones llevadas a cabo dentro de la órbita de las Conferencias Intergubernamentales sobre la unión política y monetaria, las cuales principiaron en Roma el 15/12/90 y culminaron en Maastricht el 11/12/91. Europe, Agence internationale d'information pour la presse. Bruxelles, No. 1759/60, 7 February 1992.

⁹⁶¹) Art. 173. Maastricht. Esta facultad de entender en todas las reclamaciones directas de los ciudadanos de la Comunidad y de las empresas contra un órgano o institución comunitario, a excepción del derecho antidumping, la posee el Tribunal de Primera Instancia, por decisión del Consejo desde el 1/8/93.

⁹⁶²) Art. 168 a) referido a las acciones en que entiende el Tribunal de Primera Instancia, y art. 171 relativo al incumplimiento respectivamente. Tratado de Maastricht.

⁹⁶³) Art. 175, para. 1o. Maastricht.

⁹⁶⁴) Art. 175, para. 3o. Maastricht. La omisión debe consistir en un acto diferente de las recomendaciones u opiniones.

⁹⁶⁵) Art. 180, inc. d). Maastricht.

comunitarios; recursos sobre temas relativos al carbón y al acero; y recursos accesorios por daños y perjuicios. En cambio, no es competente para conocer de asuntos promovidos por Estados miembros ni las cuestiones prejudiciales anteriormente detalladas⁹⁶⁶.

El Tribunal General está compuesto desde 2016 por 47 jueces⁹⁶⁷, y a partir de septiembre de 2019, el Tribunal General se encuentra integrado por dos jueces por Estado miembro, cualquiera sea el número de estos.

La jurisdicción del Tribunal es obligatoria y el procedimiento de ejecución de las sentencias incumbe a cada Estado Miembro. Puede actuar tanto a instancia de un Estado parte como de una institución de la Comunidad y aún de cualquier persona directamente afectada por una decisión. La sentencia tiene fuerza ejecutiva: si la misma impone una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados, será título ejecutivo, rigiéndose la ejecución forzosa, por las normas procesales del Estado en cuyo territorio se lleve a cabo⁹⁶⁸. De todas formas, en conflictos inter-estatales, antes del sometimiento de la cuestión al Tribunal, es preciso acudir ante la Comisión que debe emitir un dictamen motivado⁹⁶⁹.

III.3.g. El Tribunal de Cuentas⁹⁷⁰. Creado en 1975, se compone de un nacional por cada Estado miembro, y su misión es examinar la legalidad y regularidad de los ingresos y gastos de la UE y garantizar una buena gestión presupuestaria. No dispone de atribuciones jurisdiccionales para imponer coercitivamente la aplicación de sus facultades de control o sancionar ilegalidades descubiertas en el ejercicio de las funciones mencionadas. Su auténtica arma en definitiva, pasa por la opinión pública.

III.3.h. Banco Central Europeo⁹⁷¹. Es el banco central de los países de la UE que aceptan al euro como moneda. Conforman junto con los bancos centrales de los demás Estados de la UE ajenos a la eurozona, el Sistema Europeo de Bancos Centrales. Fue establecido por el Tratado de Maastricht y tiene su sede en Frankfurt. Su finalidad principal consiste en la estabilidad de precios en la zona euro. A diferencia de otros bancos centrales como, por ejemplo, la Reserva Federal de los Estados

⁹⁶⁶) Art. 168 A. op. cit.

⁹⁶⁷) Conforme el Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422, de 16/12/2015 según nueva redacción del art. 48 del Protocolo N° 3 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE-.

⁹⁶⁸) Confrontar arts. 186, 187 y 192. Op. cit.

⁹⁶⁹) Art. 170. op. cit.

⁹⁷⁰) Artículo 188 letras a); b) y c).

⁹⁷¹) Ver <https://www.ecb.europa.eu/home/html/index.en.html>

Unidos, el BCE no tiene objetivos tales como el crecimiento económico o el pleno empleo.

Sus principales tareas consisten en definir y ejecutar la política monetaria de la zona euro, dirigir las operaciones de cambio de divisas, cuidar de las reservas internacionales del Sistema Europeo de Bancos Centrales y promover el buen funcionamiento del mercado financiero. Además, tiene el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de euro. Los Estados miembros pueden emitir monedas de euro, pero la cantidad debe ser autorizada de antemano por el BCE.

III.3.i. Comité Europeo de las Regiones⁹⁷². Este órgano fue creado por el Tratado de la Unión Europea, con carácter consultivo⁹⁷³, componiéndose de representantes de las autoridades regionales y locales de los Estados miembros, nombrados por el Consejo. Debe ser obligatoriamente consultado por la Comisión o el Consejo, sobre temas como cultura, salud pública y disposiciones de aplicación del fondo regional. La Comunidad cuenta también con un Fondo Social Europeo, cuya misión es la de modernizar industrias y adaptar a los trabajadores a las nuevas condiciones laborales.

III.4. Las fuentes del Derecho Comunitario

En primer lugar y a modo de fuentes directas, se encuentran (i) el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el (ii) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); y sus protocolos⁹⁷⁴. Luego hallamos (iii) la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; (iv) el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) que sigue en vigor como un tratado independiente; (v) los acuerdos internacionales; y (vi) los principios generales del Derecho de la Unión.

Respecto de estos últimos, el Tribunal de Justicia ha formulado como principios generales la forma de responsabilidad aquiliana por los daños ocasionados por las instituciones o agentes; el de proporcionalidad⁹⁷⁵; el de la protección de la confianza legítima⁹⁷⁶ y el de *non bis in idem*.

Respecto de los acuerdos internacionales con países no miembros de la comunidad y otras

⁹⁷²) Ver <https://cor.europa.eu/es>.

⁹⁷³) Art. 198 CE, letras a); b); y c).

⁹⁷⁴) Existen 37 Protocolos, 2 anexos y 65 declaraciones, anejos a los Tratados para precisar su contenido, sin formar parte del texto jurídico propiamente dicho.

⁹⁷⁵) Esto es, la norma debe ser adecuada y necesaria en función del objetivo perseguido y no imponer condiciones mas gravosas en relación a los intereses comunitarios que intenta proteger.

⁹⁷⁶) Por este principio, tanto los ciudadanos como las empresas cuentan con la estabilidad de las condiciones marco creadas por el Derecho Comunitario, en tanto la retroactividad solo puede darse excepcionalmente cuando lo exijan vitales intereses comunitarios.

organizaciones internacionales⁹⁷⁷, la UE puede celebrar, en el marco de sus competencias, acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales que vinculan a la propia Unión y a los Estados miembros. Estos acuerdos forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión, situándose por debajo del Derecho primario.

En segundo, se sitúa el Derecho Comunitario derivado o secundario, creado por las instituciones comunitarias. Son, en definitiva, actos jurídicos comunitarios. El Derecho derivado tiene un rango inferior: solo es válido en la medida en que respeta las normas de rango superior. Los actos jurídicos de la Unión se enumeran en el art. 288 del TFUE. Se establecen cinco tipos de normas: (i) los reglamentos, (ii) las directivas, (iii) las decisiones, (iv) las recomendaciones y (v) los dictámenes⁹⁷⁸.

La forma jurídica más intensa y profunda son los reglamentos. El reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable; sus destinatarios (personas, Estados miembros e instituciones de la Unión) deben acatarlo íntegramente. Un reglamento se aplica directamente en todos los Estados desde su entrada en vigor (en la fecha que el propio reglamento fije o, en su defecto, el vigésimo día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea), sin que sea necesario un acto nacional de transposición.

La directiva obliga a los Estados miembros destinatarios (uno, varios o todos) en cuanto al resultado a obtener, aunque permite la elección de la forma y medios. El legislador nacional debe adoptar un acto de transposición (llamado “medida nacional de ejecución”) en el derecho interno mediante el cual se adapte la legislación nacional a tenor de los objetivos definidos en la directiva. Es este acto de transposición el que en esencia confiere derechos e impone obligaciones al ciudadano. Los Estados miembros disponen de facultades discrecionales en la transposición al derecho doméstico, a partir de las particularidades nacionales. La transposición debe efectuarse en el plazo establecido por la directiva. Al hacerlo, los Estados deben garantizar la eficacia del derecho de la Unión, conforme al principio de cooperación⁹⁷⁹.

Las decisiones regulan situaciones concretas relativas a destinatarios específicos. Un particular puede hacer valer los derechos conferidos por una decisión destinada a un Estado miembro sólo en caso que éste haya adoptado un acto de transposición. Las decisiones pueden ser directamente aplicables en las mismas condiciones que las directivas. Estos actos son comparables a los actos administrativos de las autoridades nacionales. Las decisiones comunitarias individuales constituyen

⁹⁷⁷) Art. 261, apartado 1, del TFUE.

⁹⁷⁸) Arts. 189 Comunidad Europea y 161 CEEA.

⁹⁷⁹) Art. 4, apartado 3, del TUE.

el acto típico por el cual las instituciones comunitarias regulan obligatoriamente los casos particulares. Mediante ellas, se puede exigir a un Estado miembro o a un ciudadano comunitario que realice u omita una determinada conducta, otorgarle derechos o imponerle obligaciones.

En cuanto a las recomendaciones y los dictámenes, no crean derechos ni obligaciones en los destinatarios, pero orientan respecto de la interpretación y el contenido del derecho de la UE. Permiten a las instituciones comunitarias pronunciarse de forma no vinculante respecto de los Estados miembros y en ciertos casos, en relación a los ciudadanos de la UE. En tanto las recomendaciones sugieren a los destinatarios un comportamiento determinado, los dictámenes son emitidos por las instituciones comunitarias a fin de evaluar situaciones existentes o hechos concretos en la comunidad o Estados miembros.

Por último, destacamos los convenios celebrados entre los propios Estados miembros.

III.4.a. Mecánica Legislativa. La adopción de actos jurídicos generales de carácter vinculante, se realiza por tres procedimientos: (i) el ordinario⁹⁸⁰; (ii) el de consulta; y (iii) el de aprobación.

El procedimiento legislativo ordinario consiste de varias etapas:

- i. propuesta de la Comisión;
- ii. primera lectura del Parlamento. El Parlamento aprueba una posición por mayoría simple;
- iii. primera lectura del Consejo. El Consejo adopta su posición por mayoría cualificada⁹⁸¹. Si

el Consejo aprueba la posición del Parlamento, se adopta el acto con la redacción que corresponda a la posición del Parlamento.

iv. segunda lectura del Parlamento: desde la comunicación de la posición del Consejo, el Parlamento dispone de un plazo de tres meses para pronunciarse. Puede:

- (a) aprobar la propuesta modificada por el Consejo o no pronunciarse; en ambos casos, el acto modificado por el Consejo queda adoptado;
- (b) rechazar la posición del Consejo por mayoría absoluta de sus miembros; en tal caso el acto no es adoptado y concluye el procedimiento;
- (c) aprobar, por mayoría absoluta de sus miembros, enmiendas a la posición del Consejo, que se someten posteriormente al dictamen de la Comisión y del Consejo.

⁹⁸⁰) Arts. 289 y 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE.

⁹⁸¹) En los ámbitos de la seguridad social y la cooperación policial y judicial en materia penal, la propuesta puede remitirse al Consejo Europeo a petición de un Estado miembro (arts. 48 y 82 del TFUE), lo que deja en suspenso el procedimiento legislativo ordinario hasta que el Consejo Europeo reasigne el asunto al Consejo (en un plazo máximo de cuatro meses). En el caso del art. 82, al menos nueve Estados miembros pueden decidir continuar con sus deliberaciones en virtud del procedimiento de cooperación reforzada (art. 20 del Tratado de la Unión Europea, TUE y arts. 326 a 334 del TFUE).

v. segunda lectura del Consejo. Si el Consejo decide, por mayoría cualificada sobre las enmiendas del Parlamento, y unánimemente sobre aquellas que hayan recibido el dictamen negativo de la Comisión, aprueba las enmiendas del Parlamento, a más tardar tres meses después de su recepción, el acto queda adoptado; si no, se convoca el Comité de Conciliación en un plazo de seis semanas.

vi. Conciliación. El Comité de Conciliación, compuesto paritariamente por miembros del Consejo y representantes del Parlamento Europeo, y con la asistencia de la Comisión, examina las posiciones del Parlamento y del Consejo y dispone de seis semanas para elaborar un texto conjunto que reciba el apoyo de la mayoría cualificada de los representantes del Consejo y de la mayoría de los del Parlamento. El procedimiento concluye con la no adopción del acto a menos que el Comité apruebe un texto conjunto en el plazo previsto. Si el Comité aprueba un texto conjunto, este es sometido al Consejo y al Parlamento para su aprobación.

vii. fin del procedimiento (tercera lectura). El Consejo y el Parlamento disponen de seis semanas para la aprobación del texto conjunto. El Consejo decide por mayoría cualificada y el Parlamento, por mayoría de los votos emitidos. El acto es adoptado si el Consejo y el Parlamento aprueban el texto conjunto. Si expirado dicho plazo, no se haya producido la aprobación por una de las dos instituciones, el procedimiento concluye con la no adopción del acto.

En cuanto al procedimiento de consulta, antes de decidir, el Consejo debe tomar nota del dictamen del Parlamento y, si es necesario, del Comité Económico y Social Europeo y del Comité Europeo de las Regiones. Esta consulta es obligatoria, dado que, en caso de que no se realice, el acto es considerado ilegal y anulable por el Tribunal de Justicia⁹⁸². Si el Consejo desea modificar sustancialmente el acto propuesto, debe consultar de nuevo al Parlamento⁹⁸³.

Respecto del procedimiento de aprobación, como resultado de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, este procedimiento se aplica a las acciones para luchar contra la discriminación (art. 19, apartado 1, del TFUE) y la pertenencia a la Unión (arts. 49 y 50 del TUE). Además, se requiere la aprobación del Parlamento para los acuerdos de asociación (art. 217 del TFUE), la adhesión de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6, apartado 2, del TUE) y los acuerdos que establecen un marco institucional específico con implicaciones presupuestarias importantes o correspondientes a ámbitos en los que se aplica el procedimiento legislativo ordinario (art. 218, apartado 6, del TFUE).

⁹⁸²) Sentencias en los asuntos 138 y 139/79.

⁹⁸³) Sentencia en el asunto 65/90.

FOR AUTHOR USE ONLY

“El desarrollo sostenible es el que satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades”.

Gro Harlem Brundtland

Gro Harlem Brundtland trabajó 10 años como médica y científica en el sistema de salud pública noruego. Luego se desempeñó más de 20 años en cargos públicos, 10 de ellos en el cargo de Primera Ministro.

La profesión elegida inicialmente por la Dra. Brundtland no se relacionó ni con el medio ambiente ni con la política: ella quería ser médica, como su padre. Es especialista en medicina de rehabilitación, una habilidad muy solicitada al terminar la II guerra mundial. Cuando Gro Harlem tenía 10 años, la familia se mudó a Estados Unidos cuando su padre obtuvo una beca Rockefeller. Las semillas del internacionalismo se sembraron en la joven Gro.

La Dra. Brundtland heredó otra pasión de su padre: el activismo político. A los siete años, se inscribió como miembro del Movimiento Laboral Noruego en su sección infantil, en donde militó hasta llegar al máximo cargo de su país.

En 1983, el Secretario General de la ONU invitó a la dra. Brundtland a conformar y presidir la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo. En esta década, obtuvo reconocimiento internacional, al defender el principio del desarrollo sostenible elaborado por la Comisión (también llamada Comisión Brundtland), que hoy en día constituye un principio fundamental para la realización de toda actividad humana.

FOR AUTHOR USE ONLY

.....

Medio Ambiente Internacional

por Favio FARINELLA

Sección Primera: el derecho internacional ambiental

I. Introducción

La cuestión ambiental se presenta como esencialmente interdisciplinaria, conformándose de tantas aristas como ramas del saber científico. Con esto, intentamos excusarnos de definir jurídicamente un término ambiguo como pocos, como es el de “ambiente”. Cada definición excluiría elementos que, dependiendo del enfoque disciplinar, debiera estar presente. No obstante, toda norma tiene un ámbito de aplicación y sólo en este sentido puede intentarse una calificación de medio ambiente.

La Declaración de la Conferencia de Estocolmo de Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano (1972) hace referencia en forma oblicua al término:

“El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente”⁹⁸⁴.

Dentro de este enfoque, el grupo de expertos que componía la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo refirió la cuestión de forma más sucinta: “el ambiente es donde todos vivimos”⁹⁸⁵.

Por su parte, la Comisión Europea al comenzar el desarrollo de los Programas de Acción sobre el Ambiente (1984), define a éste como:

⁹⁸⁴) Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, 16/06/1972, Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, para. 1.

⁹⁸⁵) Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. Transmitted to the General Assembly as an Annex to document A/42/427- Development and International Co-operation: Environment.

“la combinación de los elementos cuyas complejas inter-relaciones conforman el lugar, el entorno, y las condiciones de vida del individuo y de la sociedad tal como son y como ellos lo sienten”⁹⁸⁶.

Aún las convenciones ambientales temáticas o específicas cuyo objeto es la regulación de un sólo matiz ambiental, continúan la saga de definiciones ambiguas. Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar no define el “ambiente marino”, aún cuando éste es protegido por su normativa.⁹⁸⁷

A los efectos del presente capítulo, utilizaremos las expresiones “derecho ambiental”, “derecho internacional ambiental” y “medio ambiente internacional” como referencia al conjunto de normas domésticas e internacionales que tratan cuestiones ambientales necesitadas de regulación, protección y/o control.

II. Fuentes

El derecho internacional ambiental -DIA de aquí en mas- involucra cuestiones de soberanía estatal, de jurisdicciones y regulaciones distintas, como también de responsabilidad y control de cada Estado. A esto se suman en el plano doméstico, las conductas de las personas físicas y jurídicas y su eventual responsabilidad bajo el derecho y la jurisprudencia interna. Veremos en breve que la dimensión doméstica cobra especial importancia por causa de un principio fundamental del DIA llamado “nivel adecuado de actuación”.

A partir de las Conferencias sobre Medio Ambiente convocadas por Naciones Unidas en Estocolmo (1972); Río de Janeiro (1992); Johannesburgo (2002) y nuevamente Río de Janeiro (2012) entre las principales, se fueron consensuando intereses, expectativas y reclamos provenientes de las mas diversas culturas en relación al tratamiento que el sistema internacional debe al medio ambiente global. Así, el DIA consuetudinario y convencional fue desarrollándose con el eventual auxilio de las fuentes domésticas y los principios de derecho afirmados por estas últimas.

II.1. Tratados

El DI convencional constituye hoy el modo más frecuente de crear obligaciones internacionales relacionadas con el ambiente, y se expresa tanto a través de acuerdos entre Estados o entre Estados y organizaciones internacionales. Adquieren las más variadas formas, sean tratados, acuerdos, protocolos, pactos, etc. Las relaciones convencionales entre Estados se rigen por el DI consuetudinario, mayormente codificado en la CVDT (1969, ver capítulo 6). Si bien el proceso

⁹⁸⁶) Council Regulation, EEC, No. 1872/84 del 28/06/1984 sobre Acción de la Comunidad en relación con el Ambiente.

⁹⁸⁷) Ver CNUDM, Parte XII, Protección y Preservación del Medio Marino.

normal de negociación, firma, adopción del texto, ratificaciones y posterior entrada en vigencia de cualquier tratado suele ser generalmente lento, en cuestiones ambientales, ciertas circunstancias pueden estimular una negociación expeditiva. Por ejemplo, el énfasis puesto en la difusión internacional del llamado “agujero de ozono” instó a los gobiernos a acordar un principio de solución. Mencionan Birnie y Boyle⁹⁸⁸ que la rápida entrada en vigencia de la Convención de Viena de 1985 para la Protección de la Capa de Ozono y su Protocolo de Montreal demuestra que los tratados multilaterales pueden proveer un método eficiente para hacer frente a problemas globales o regionales cuando se vuelve necesario.

Aún cuando las convenciones no son obligatorias para terceros Estados, parte de su contenido puede devenir DI consuetudinario y ser obligatorias en tal carácter. Dijo la CIJ en el caso Plataforma Continental:

“Sería en primer lugar necesario que la provisión en cuestión pudiera potencialmente y a todo evento, poseer un carácter de norma creadora que pueda ser vista como formando la base de una regla general de derecho.”⁹⁸⁹

Varios de los principios ambientales internacionales que tratamos mas adelante, poseen esta calidad. A este fin, es conveniente reparar en la técnica de redacción de las normas ambientales internacionales. Es práctica común en los documentos ambientales, el separar los estándares ambientales de carácter técnico, de las provisiones materiales. La finalidad es sencilla: permitir la posibilidad de actualizar los estándares técnicos conforme evoluciona la tecnología e información científica. Estos contenidos técnicos adquieren la calidad de Protocolos o Anexos al respectivo Tratado principal, y en ocasiones se deja en libertad a los Estados para no hallarse vinculados con las metas técnicas, brindándoles mayor tiempo conforme sus posibilidades y/o intereses. Esta circunstancia arroja como consecuencia, distintos estándares de obligaciones convencionales o “responsabilidades diferenciadas”:

- (i) las que surgen de tratados específicos que generalmente contienen declaraciones y metas generales, además de principios ambientales; y
- (ii) las que establecen normas técnicas y plazos medianamente estrictos para alcanzarlas.

Son generalmente los Estados desarrollados quienes se obligan a respetar estas metas técnicas. En cuanto a las provisiones materiales, los tratados ambientales contienen principios ambientales y obligaciones que se espera sean incorporadas en los ordenamientos domésticos. En otras ocasiones,

⁹⁸⁸) Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., *International Law and the environment*, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, p. 12.

⁹⁸⁹) ICJ, Reports 1969, 3, para. 72. En internet www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf

los tratados funcionan como marco dentro del cual los Estados se comprometen a concluir acuerdos específicos y establecer medidas concretas.

Conforme establece la CVDT, el principio de universalidad gobierna los contenidos del tratado, por el cual a menos que el propio tratado prohíba a los Estados contratantes efectuar reservas (CNUDM)⁹⁹⁰, o permita sólo ciertos tipos de reservas (Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, 1946), las mismas son permitidas. En este caso, el parámetro fijado por la CVDT es que la reserva no sea incompatible con el objeto y fin del Tratado.⁹⁹¹

Esta posibilidad de efectuar reservas ayuda a una rápida entrada en vigencia del tratado en una materia como la ambiental, que intenta sumar a todos los Estados, aún con sus diferencias para que luego, dentro de la estructura del tratado, puedan ser armonizadas. Sin embargo, las reservas pueden presentar un aspecto negativo. Comentan Birnie y Boyle⁹⁹² que en especial, las reservas por las cuales los Estados pueden optar a fin de no hallarse obligados respecto de estándares futuros más estrictos, minan la efectividad de los tratados, y especialmente de aquellos con contenidos ambientales. Citan como ejemplo la Convención sobre el Comercio de Especies en Peligro -CITES-.

II.2. Costumbre

La dinámica propia de las cuestiones ambientales que requiere soluciones urgentes a problemas cuya capacidad dañosa escala rápidamente, quita protagonismo a la costumbre internacional, que en variados temas de DI constituye una fuente principal.

La introducción de nuevos conceptos dentro de lo que se entiende por derecho ambiental, como por ejemplo la responsabilidad intergeneracional; el patrimonio común; o el desarrollo sostenible, entre otros, ejemplifican el esfuerzo exitoso realizado por ambientalistas y ONGs para utilizar al DI de fuente consuetudinaria a fin de generar cambios en la naturaleza y límites de las soberanías, en cuestiones ambientales y de manejo de recursos naturales. Aún así, en una cuestión relativamente nueva como la ambiental, comprobar la existencia de una “práctica generalmente aceptada como derecho” -art. 38 Estatuto CIJ- se presenta como difícil.

A efectos de comprobar la existencia de una costumbre jurídica relativa a la protección del

⁹⁹⁰) CNUDM, arts. 309-10.

⁹⁹¹) Convención de Viena s. Derecho de los Tratados, art. 19.

⁹⁹²) Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., *International Law and the environment*, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, p. 14.

ambiente, además de las conductas estatales, será necesario revisar las políticas de organizaciones y organismos internacionales como ONU y sus agencias especializadas⁹⁹³; sus programas y comisiones ad-hoc⁹⁹⁴; las agencias de protección de diversas especies establecidas por los tratados específicos; y las numerosas Conferencias convocadas por Naciones Unidas y sus agencias a fin de tratar problemáticas ambientales de todo tipo y nivel. Todos ellos producen un número relevante de normas al cual mas adelante nos referiremos como *soft law*. En la medida de su aceptación por los Estados con la convicción de su obligatoriedad, pueden convertirse en costumbre internacional ambiental.

A los estrictos fines del DIA, la CIJ ha tomado en cuenta distintas conductas de los Estados al momento de comprobar la existencia de una costumbre internacional. Veamos ejemplos.

Primero, la CIJ tomó en cuenta declaraciones unilaterales como la Proclama Truman sobre la Plataforma Continental en el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte.⁹⁹⁵

Segundo, la declaración de Francia relativa a que se abstendría a futuro de realizar test nucleares en el caso relativo a los Ensayos Nucleares.⁹⁹⁶

Tercero, la CIJ consideró el consenso al cual se había llegado en la III Conferencia sobre Derecho del Mar en relación con la Plataforma Continental, sumado a la posterior práctica respetuosa de tal consenso, en el caso de la Plataforma Continental (Libia v. Malta).⁹⁹⁷

II.3. Principios del derecho internacional ambiental

Aún reconociendo que la fuente enunciada en el art. 38 del Estatuto CIJ que habla de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” hace referencia a principios aceptados por los Estados en su ámbito doméstico, en materia ambiental existen numerosas “Declaraciones de Principios” elaboradas durante las últimas décadas. Éstas se han desarrollado desde la propia Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo 1972), hasta otras más actuales, como la Resolución de la AG ONU sobre la “Observancia de las normas ambientales en la elaboración y la aplicación de los acuerdos de

⁹⁹³) Entre las que sobresalen la Organización Marítima Internacional; la Organización para la Alimentación y la Agricultura; la Organización Mundial de la Salud; la Organización de NNUU para la Educación, la Ciencia y la Cultura; y la Agencia Internacional de Energía Atómica.

⁹⁹⁴) Como el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente o Comisiones de Pesquerías creadas dentro del esquema de la Organización para la Alimentación y la Agricultura.

⁹⁹⁵) CIJ, caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Reports 1969, 32-3, 47, 53.

⁹⁹⁶) CIJ, caso de los Ensayos Nucleares (Nueva Zelandia v. Francia), Reports 20/12/1974, ps. 253, 267.

⁹⁹⁷) CIJ, caso de la Plataforma Continental (Libia v. Malta), Reports 1985.

desarme y control de armamentos” (2013).⁹⁹⁸ No obstante las distintas órbitas en que actúan los principios ambientales, varios de los que se han generado en la órbita internacional han devenido principios reconocidos por los Estados a partir de su incorporación a las políticas ambientales que ejecutan sus gobiernos y su positivización en los derechos domésticos.

En su jurisprudencia, la CIJ ha aplicado principios generales no como fundamento principal de sus decisiones, sino para avalar éstas⁹⁹⁹.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ya en 1937 en el caso del **Desvío de las aguas del río Mosa** (Meuse)¹⁰⁰⁰, decidió que los principios de equidad afirmados en la decisión pueden derivar de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. En el caso de la Fábrica **Chorzow**¹⁰⁰¹, la CPJI enunció los principios generales de la responsabilidad estatal y la reparación, incluyendo el principio de la *restitutio in integrum*. El mismo Tribunal en el caso de las **Zonas Francas**¹⁰⁰² hizo referencia a las doctrinas del abuso del derecho y la buena fe.

No obstante, en el caso **Papeleras** sobre el río Uruguay¹⁰⁰³, la CIJ sostuvo un criterio restrictivo sin aplicar principios generales como la debida diligencia, la cooperación, la buena fe, e incluso principios de derecho ambiental estricto como el precautorio, el preventivo y el de reparación del daño, entre otros.

II.4. Decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas

A lo largo de los años se han sumado decisiones arbitrales y judiciales que contribuyeron al desarrollo progresivo del DIA, consolidando una jurisprudencia de derecho internacional ambiental. Baste mencionar a los tribunales regionales de derechos humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo o la Corte Interamericana en San José de Costa Rica. Igual importancia revisten los tribunales penales mixtos e internacionales ad-hoc creados desde la década de 1990 en adelante. También debe mencionarse el Tribunal Internacional del Mar, órgano de interpretación de la CNUDM 1982, y aún los procedimientos arbitrales para conflictos de naturaleza económica como el CIADI dentro del Banco Mundial o los grupos especiales de Arbitraje dentro del sistema de la OMC. Por último, las jurisdicciones domésticas contribuyen a la aplicación del DI

⁹⁹⁸) AG ONU, Doc. A/RES/68/36, 10/12/2013.

⁹⁹⁹) Brownlie Ian, Principles of Public International Law, 4th edition, Oxford, UK, 1990, 16.

¹⁰⁰⁰) CPJI, Case Relating to the Diversion of the Water From the Meuse, (Series A/B No 70 - Series C No 81). Judgment of 28/06/1937. The Netherlands v. Belgium. Ver <http://www.internationalwaterlaw.org/cases/meuse.html>

¹⁰⁰¹) CPJI, Fábrica Chorzow (jurisdicción), 1927, Series A, no. 17, 139-160.

¹⁰⁰²) CPJI, Free Zones Case (second phase), Final Order, Ser. A, N 24, 1930, 12 y (Merits), Ser. A/B, N 46, 1932, 167.

¹⁰⁰³) CIJ, Caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay, 20/04/2010. En internet <https://www.icj-cij.org/en/case/135> (septiembre 2019).

incorporado en sus derechos domésticos. En todas estas instancias, se discuten y deciden cuestiones que afectan al ambiente en forma directa o indirecta, sobre todo a partir del surgimiento de la teoría del desarrollo sostenible. En cuanto a ejemplos de jurisprudencia ambiental, remitimos al punto III en este capítulo.

Las “doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones” constituyen conforme el art. 38 del estatuto de la CIJ, un “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”. Al igual que los trabajos de internacionalistas, los informes temáticos preparados por Comisiones ad-hoc dentro de sistemas internacionales como la ONU o regionales como la UE o MERCOSUR, proveen elementos de *lege ferenda*. Entre éstos, son de mencionar informes, proyectos y recomendaciones elaborados por agencias especializadas, algunos de importancia fundamental como el Informe Brundtland de 1987 elaborado por la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo.

De igual forma, institutos especializados también promueven la evolución progresiva del DIA. Como ejemplos citamos la CDI; el Instituto de Derecho Internacional con sede en la Universidad de Georgetown, Estados Unidos; la Sociedad Europea de Derecho Internacional con sede en Florencia, Italia; y la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional cuya particularidad es que fue creada como una asociación de derecho Suizo, entre muchas otras.

II.5. Soft Law

El *soft law* es útil en un campo como el ambiental donde los progresos en la protección se logran a través de la armonización legislativa y los consensos, antes que en base a mayorías coyunturales. Este “derecho no coactivo” se compone de reglas que se van emitiendo sin pretensión vinculante en relación con los Estados y otros actores internacionales. Son útiles al momento de evidenciar tendencias en torno de las cuales se estructuran futuros documentos vinculantes.

El *soft law* se ubicaría dentro del proceso de creación de las normas jurídicas en esa etapa de pre-negociación en la cual se detectan los elementos de consenso presentes, pero que no logran expresarse aún como técnica legislativa. Considerando que, en materia de legislación ambiental, los cambios que en general se proponen requieren compromisos económicos serios, los principios en torno de los cuales se estructura el *soft law* pueden ayudar a mantener la negociación con vida, hasta que surja la voluntad concreta de los Estados en obligarse.

En especial, distintos actores ambientales han adoptado “reglas de procedimiento”, de “buena práctica” o “estándares”, que se comprometen a cumplir a modo de declaración unilateral. Éstas son efectivas a modo de prevención de futuras responsabilidades jurídicas para quienes las adoptan, e incluso como parte del marketing ambiental que intenta mostrar una imagen ambiental amigable por parte de ciertos actores internacionales.

Una cuestión actual en la cual el *soft law* posee una importancia vital es el de la regulación de la actividad de aquellas corporaciones transnacionales que actúan en Estados cuyos regímenes son denunciados como violadores manifiestos de derechos humanos. En este sentido, se han elaborado reglas a fin de prevenir futuras denuncias penales contra estas corporaciones por complicidad con tales gobiernos. Podemos citar aquí a las “Normas sobre las responsabilidades de las corporaciones transnacionales y otras empresas de negocios en relación con los derechos humanos” (2003) elaboradas por la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU.¹⁰⁰⁴

En igual sentido mencionamos a los llamados “tratados marco” que no se ubican dentro del art. 38, inc. 1.c) del Estatuto de la CIJ. Birnie y Boyle citan como ejemplo a los Principios y Guías del Cairo para el manejo ambientalmente racional de residuos peligrosos¹⁰⁰⁵, elaboradas por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Birnie y Boyle opinan que el *soft law* al tiempo que permite la diversidad de opiniones, contribuye a la armonización del derecho ambiental y sus estándares en el ámbito internacional.¹⁰⁰⁶

III. Surgimiento y evolución del derecho internacional ambiental

El DI clásico poco aporta en relación con la protección ambiental debido a lo novedoso de la problemática. Por supuesto que determinadas cuestiones históricamente respetadas por los Estados poseen incidencia ambiental y se encuentran positivizadas en instrumentos internacionales que han codificado la costumbre internacional en tales ámbitos. En este sentido encontramos normas relativas al ejercicio de la libertad de navegación en alta mar; la cooperación en cuestiones de recursos naturales compartidos y su uso equitativo, por ejemplo, respecto de los cursos de agua internacionales; la prevención de daños transfronterizos graves a otros Estados y la eventual responsabilidad del Estado desde cuyo territorio se ocasiona el daño. En general, las normas que tratan estos temas se han ocupado de la solución pacífica de controversias o bien de fijar estándares

¹⁰⁰⁴) Doc. ONU. E/CN.4Sub.2/2003/12/Rev.2.

¹⁰⁰⁵) PNUMA, Guías y Principios de derecho ambiental, Decisión 14/30 del Consejo de Gobierno del PNUMA de 17/06/1987.

¹⁰⁰⁶) Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., *International Law and the environment*, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, p. 30.

de conducta a ser respetados.

En una primera etapa que podemos llamar del DI clásico, tienen lugar casos como el de la Fundición Trail, el Lago Lanoux, o el de las Pieles del mar de Behring¹⁰⁰⁷. En general, su resolución brindada a través de laudos arbitrales, concluía con la conformación de una comisión permanente cuya función era la regulación. Esto, como demostración que tales cuestiones no contaban con normas que solucionaran el conflicto. Sin embargo, las comisiones de pesquerías o de manejo de lagos o ríos compartidos creadas a partir de los laudos arbitrales, asumían como propósito principal el hallar la mejor manera de explotar la mayor cantidad de recursos posible. No existían aún criterios tales como la sustentabilidad o el uso racional. Por otra parte, los tribunales arbitrales por su propia naturaleza ad hoc, no generaban una jurisprudencia uniforme.

La ocupación legislativa internacional comienza luego del desastre del Torrey Canyon¹⁰⁰⁸ (1967), generándose las primeras normas multilaterales relevantes de la etapa contemporánea del DIA, como la Convención sobre Vertimiento de Londres (1972) y la Convención Marpol (1973).

Estos primeros tratados multilaterales cubrieron cuestiones tales como la contaminación marina, la protección de la atmósfera, la conservación de la vida natural, los cursos de agua internacionales, y constituyen hoy la mayor fuente de las nuevas reglas ambientales. A diferencia de las reglas clásicas mencionadas en el párrafo anterior, las nuevas reglas centran su atención en la prevención del daño ambiental y la conservación y desarrollo de los recursos naturales y sus ecosistemas asociados.

Si el desastre del Torrey Canyon fue la chispa que encendió el activismo ambiental en Europa y luego en el resto del planeta, la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo 1972 de aquí en más) fue la respuesta diplomática y jurídica de los Estados. La conferencia fue convocada por la ONU y celebrada en Estocolmo, Suecia entre el 5 y el 16 de junio

¹⁰⁰⁷ The Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada), 33 AJIL, 1939, 182; Lac Lanoux Arbitration 24 ILR, 1957, 101; y Behring Sea Fur Arbitration, 1 Moore's International Arbitration Awards, 1898, 755.

¹⁰⁰⁸ En 1967, el petrolero Torrey Canyon encalló al ingresar al Canal de la Mancha y derramó toda su carga de 120,000 toneladas de petróleo crudo en el mar. Esto resultó en el mayor incidente de contaminación petrolera registrado hasta ese momento. El incidente planteó preguntas sobre las medidas entonces vigentes para prevenir la contaminación por hidrocarburos de los barcos y también expuso deficiencias en el sistema existente para proporcionar compensación luego de accidentes en el mar. Primero, la OMI convocó una sesión extraordinaria de su Consejo, que elaboró un plan de acción sobre los aspectos técnicos y legales del incidente de Torrey Canyon. Luego, la Asamblea de la OMI decidió, en 1969, convocar una conferencia internacional en 1973 para preparar un acuerdo internacional adecuado para poner restricciones a la contaminación del mar, tierra y aire por parte de los buques. Mientras tanto, en 1971, la OMI adoptó nuevas enmiendas a OILPOL 1954 para brindar protección adicional a la Gran Barrera de Coral de Australia y también para limitar el tamaño de los tanques de los petroleros, minimizando así la cantidad de petróleo que podría escapar en el caso de una colisión o varada.

de 1972. Fue la primera gran conferencia cuestiones medioambientales, y marcó un punto de inflexión en el desarrollo de la política internacional en el área. La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Ambiente Humano intentó hallar un compromiso entre los intereses económicos y los imperativos ecológicos. Sus conclusiones aceptaron el crecimiento económico como positivo, pero reclamaron que fuera ambientalmente sustentable y equitativo en términos de beneficios generados para el ser humano. En el despertar de Estocolmo, la ONU asumió un rol de dirección y coordinación de los esfuerzos a fin de concitar el interés internacional sobre el ambiente a través de los organismos, Estados miembros y organizaciones adheridas, junto con la creación del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA en mas). Su resultado fue la aprobación de una Declaración que contiene 26 principios sobre el Medio Ambiente Humano y un Plan de Acción con 109 recomendaciones.

A partir de este hito, 20 años después se realizó la segunda Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro, Brasil, del 2 al 13 de junio de 1992, cumbre que marcó el encuentro entre las necesidades del mundo desarrollado (el cuidado del ambiente humano) y las necesidades de los Estados en desarrollo (la necesidad de crecimiento económico). Por esto el nombre de la Cumbre de Río 1992 incorporó al Ambiente y al Desarrollo como cuestiones compatibles y que deben ser perseguidas en forma conjunta, consolidando el aporte fundamental del Informe Brundtland: la teoría del desarrollo sostenible. En Río 1992 la comunidad internacional toma cuenta de los problemas y aspiraciones de los países en vías de desarrollo. Al terminar los debates, 182 gobiernos aceptan formalmente la necesidad de cambio, conviniendo en 27 principios que componen la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y adoptan la Agenda 21 o Programa de Acción para el Desarrollo Sustentable Global, documentos que serían luego evaluados y reforzados mediante el Plan de Seguimiento de la Aplicación del Programa 21 (1997). Fuera del foro oficial de Río, se concluyeron otros importantes documentos internacionales que en su mayor parte encauzaron el tratamiento de las principales cuestiones ambientales.

La tercera Cumbre se realizó en Johannesburgo (Sudáfrica), del 23 de agosto al 5 de septiembre del 2002, revisando compromisos anteriores y formulando nuevas estrategias de actuación.

La cuarta cumbre se reunió en junio de 2012 en Río de Janeiro, bajo la denominación de Conferencia de Desarrollo Sostenible (Río+20).

La normativa internacional multilateral y vinculante es importante por varias razones.

Primero, brinda certeza a las obligaciones estatales, las normas precisan los principios ambientales

modelándolos conforme las concretas particularidades de los recursos y el ambiente de cada Estado. Segundo, obliga a los Estados a alinear sus conductas al contenido material de los tratados, a incorporarlos en sus sistemas domésticos y además, les prohíbe ejecutar conductas contrarias a su objeto y fin.

Tercero, los tratados crean órganos que monitorean el cumplimiento de las obligaciones, los cuales van fijando estándares dinámicos, conforme la evolución de la tecnología e información.

Cuarto, permite a los activistas ambientales y ONGs interesadas, controlar el cumplimiento de los Estados en sus diferentes fases.

Quinto, los derechos y obligaciones generados por el DIA incumben no sólo a los Estados sino principalmente a todos los actores del sistema internacional, incluida la Humanidad. Por esto, varias de las obligaciones ambientales pueden considerarse obligaciones *erga omnes*.

La cuestión ambiental no constituye una cuestión de defensa de derechos entre Estados, sino una materia en la que los Estados constituyen un vehículo de protección. Las normas ambientales resaltan las obligaciones estatales antes que los derechos. Por esto, afirmamos que la obligación de protección del ambiente constituye una obligación *erga omnes*, es decir, debido por cada Estado al resto del sistema internacional.

Varias derivaciones jurídicas resultan de lo dicho, por ejemplo, la noción de patrimonio común de la Humanidad. También el reconocimiento como instrumento de protección de las acciones de clase a partir de intereses de titularidad difusa, e incluso el reconocimiento de los *global commons*, espacios comunes no sujetos a jurisdicción de un Estado en particular, que deben ser protegidos en beneficio de todas las naciones.

Como vemos el derecho ambiental pasó de ser un problema de daños o de reparto de recursos naturales entre Estados a una cuestión que incumbe a sujetos y actores del sistema internacional, que en la medida que deseen involucrarse, participan en su defensa.

Sección Segunda. Principios ambientales y su incorporación en el derecho doméstico

I.1. El derecho a un ambiente sano

El reconocimiento internacional del derecho humano a vivir en un ambiente sano y apto para el desarrollo de las capacidades de la persona resulta del Principio 1 de la Declaración de Estocolmo (1972):

“El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse”.

Sohn interpretó que la formulación del principio podía fundamentar el derecho individual al ambiente.¹⁰⁰⁹ Sin embargo, tratados y normas internacionales elaborados en décadas posteriores no definieron expresamente un derecho individual de cada persona a vivir en un ambiente sano.

El concepto es también empleado en el art. 24 de la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los Pueblos, apareciendo según van Boven¹⁰¹⁰ como un derecho colectivo:

“Todos los pueblos tendrán derecho a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo”.

Como derecho colectivo sería equiparable a la libre determinación, el desarrollo o los derechos económicos, sociales y culturales. De esto derivaría que su cumplimiento podría ser supervisado por organismos de carácter político -agencias de ONU por ejemplo-, antes que órganos jurisdiccionales.

Mientras tanto, en el derecho interno se consolida la noción del derecho a un ambiente sano como un derecho fundamental de la persona humana. Aún cuando no podamos afirmar que este derecho forme ya parte del DI general, existe la tendencia a reconocer el derecho humano a un ambiente sano y equilibrado.

El derecho a un ambiente sano se encuentra reconocido en el art. 12 del Pacto de Derechos Económicos, sociales y Culturales (1966). Aquí se establece que entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad del derecho, figurarán las necesarias para “El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio

¹⁰⁰⁹⁾ Ver Barstow Magraw Daniel, Louis B. Sohn: Architect of the Modern International Legal System, Harvard International Law Journal, Volume 48, Number 1, Winter 2007, p. 1 y ss. En internet http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_48-1_Magraw.pdf

¹⁰¹⁰⁾ van Boven Theo, The relation between Peoples' rights and Human rights in the African Charter, 7 (2/4) Human Rights Law Journal, 1986, p. 186.

ambiente” (art. 12(b)). También ha sido incluido en forma genérica en documentos de la AG ONU y de la OEA, entre otros. Por ejemplo, la resolución 45/94 de la AG ONU:

*“reconoce que toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente adecuado para su salud y su bienestar”.*¹⁰¹¹

O en su caso, el Protocolo de San Salvador (1988), anexo a la Convención Americana de derechos humanos, establece en los dos incisos de su art. 11:

“1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos;

2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”.

Argentina ha incorporado este derecho en el art. 41 de su Constitución Nacional.

I.2. El deber de prevenir, reducir y controlar el daño ambiental

Un viejo axioma del derecho civil romano afirma *alterum non laedere* (no dañar a otro), imponiendo la obligación de reparar el daño causado. El DI impone a los Estados la obligación de tomar medidas razonables para controlar y regular potenciales fuentes de contaminación ambiental o daño transfronterizo ubicadas dentro de su territorio o lugares sometidos a su jurisdicción. En el laudo de la Fundición Trail, el tribunal concedió una indemnización por daños a EEUU y prescribió un régimen futuro de control de emisiones de la fundición Trail responsable de la contaminación del aire. El tribunal afirmó:

“Ningún Estado tiene el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de forma tal que se cause daño por humos en o hacia el territorio de otro”, así como también que las medidas de control son necesarias.¹⁰¹²

La CIJ en el caso del **Canal de Corfú** utilizó un principio similar aunque en un contexto muy diferente, afirmando en forma genérica que un Estado no puede utilizar o permitir la utilización de su territorio en forma contraria a los derechos de los demás Estados¹⁰¹³.

En la década de 1970 el principio fue adoptado por la Declaración sobre el Ambiente Humano que en su Principio XXI afirma:

“De conformidad con la carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental, y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su

¹⁰¹¹) AG ONU resolución 45/94 Necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas, 14/12/1990.

¹⁰¹²) Trail Smelter Arbitration (United States v. Canada), 35 AJIL, 1941, 716.

¹⁰¹³) CIJ, Reports, 1949, 22.

jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional.”

Este Principio tuvo una importancia decisiva en el desarrollo posterior de normas ambientales en muy diversos ámbitos como distintas resoluciones de ONU; principios elaborados por el PNUMA; y tratados internacionales de carácter multilateral como la Convención de Londres sobre Vertimiento, la Convención de Ginebra sobre contaminación Atmosférica Transfronteriza a gran distancia¹⁰¹⁴, o la CNUDM (arts. 192, 193 y 194).

Respecto de los *global commons*, la AG ONU afirmó que en la exploración, explotación, y el desarrollo de sus recursos naturales, “*los Estados no deben producir efectos dañosos significativos en aquellas zonas situadas fuera de su jurisdicción nacional*”¹⁰¹⁵.

I.3. Debida diligencia

La verdadera importancia del Principio XXI de Estocolmo antes referido, radica en la obligación de prevenir antes que en la de reparar el daño causado. En este sentido, la debida diligencia requiere la aprobación y vigencia efectiva de la legislación doméstica necesaria para controlar a los actores públicos y privados. El cumplimiento será evaluado conforme las posibilidades que cada Estado posea respecto del efectivo control de su territorio; los recursos materiales con que cuente (incluida la tecnología); y la naturaleza de la actividad a controlar. Ésta es la idea de las responsabilidades diferenciadas, receptada en numerosos instrumentos ambientales. La CNUDM en su art. 194(1) afirma:

“Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto”.

Considerada como principio, la debida diligencia se convierte en una meta que requiere comparar las conductas estatales con parámetros pre-establecidos. A este fin, sirven los estándares técnicos consensuados internacionalmente, que pueden expresarse tanto en instrumentos internacionales multilaterales como también mediante reglas de conducta auto-establecidas por los actores ambientales. Por ejemplo, el Anexo III de la Convención MARPOL¹⁰¹⁶ prevee estándares ambientales relativos a la prevención de la contaminación en el transporte de residuos peligrosos.

¹⁰¹⁴) Convenio sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia, hecho en Ginebra el 13 de noviembre de 1979, para. 5.

¹⁰¹⁵) AG ONU, Resolución 2995 XXVII, 1972.

¹⁰¹⁶) Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, de 01/11/1973, Convenio MARPOL. Anexo III, Reglas para prevenir la contaminación por sustancias perjudiciales transportadas por mar en bultos.

I.4. Precautorio

El principio precautorio o de cautela aconseja no tomar decisiones arriesgadas hasta tanto se conozcan las potenciales consecuencias, reunida la totalidad de la información provista por el conocimiento científico. Se une así la etapa informativa con la decisoria, privilegiando la primera en tanto resulta esencial conocer el grado de potenciales daños antes de actuar sobre el ambiente. Ante la incertidumbre respecto del grado de perjuicio ambiental, la recomendación consiste en abstenerse. El Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (1991) expresa en su art. 3(2.c):

“Las actividades en el área del Tratado Antártico deberán ser planificadas y realizadas sobre la base de una información suficiente, que permita evaluaciones previas y un juicio razonado sobre su posible impacto en el medio ambiente antártico y en sus ecosistemas dependientes y asociados”.

El mismo documento, al mencionar actividades que pueden ser realizadas, afirma que las mismas deberán:

“modificarse, suspenderse o cancelarse si provocan o amenazan con provocar repercusiones en el medio ambiente antártico o en sus ecosistemas dependientes o asociados que sean incompatibles con estos principios” (art. 3(4.b)).

La previsibilidad como elemento de la responsabilidad está contemplada en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Al hacer referencia a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, establece que la misma no podrá ser invocada si “el Estado ha asumido el riesgo que se produzca esa situación”¹⁰¹⁷.

I.5. Evaluación previa del impacto ambiental

Otra de las prácticas involucradas en los deberes estatales es la de realizar una evaluación previa del impacto ambiental (EIA en más) que generará la actividad prevista. El objetivo de la evaluación previa es poder decidir medidas apropiadas para mitigar o prevenir el daño ambiental. La EIA puede ser definida como el conjunto de cambios significativos que se producirán en un medio determinado cuando el mismo es sometido a una acción extraordinaria, con independencia de los efectos positivos o negativos de tales transformaciones. La evaluación previa de las consecuencias de una transformación se vuelve prioritaria ya que el daño ambiental es básicamente no reparable en especie. Históricamente, la obligación de realizar la EIA comienza con grandes obras de ingeniería

¹⁰¹⁷) CDI, Proyecto de art.s sobre Responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la CDI en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexado por la AG en su Resolución 56/83, de 12/12/2001, art. 23, inc. 2.b).

(como diques, represas, autopistas, gasoductos), para luego extenderse a otras actividades. Remitimos aquí a la lectura del caso [Gabcikovo-Nagymaros](#).¹⁰¹⁸

La EIA debe realizarse conforme patrones homogéneos de daño ambiental potencial, sin depender del grado de desarrollo del territorio en el cual la actividad será realizada. Esto implica que es necesario conocer las consecuencias futuras de la instrumentación de una nueva tecnología, antes de decidir su incorporación. Como consecuencia, la necesidad de la previa EIA obstaculiza la posibilidad de transferir tecnologías obsoletas o contaminantes. A su vez, la tecnología necesita de normas armonizadas internacionalmente, como los estándares de calidad en las llamadas tecnologías ecológicamente racionales, a fin de evitar barreras artificiales al comercio.

La EIA ha sido receptada en numerosos documentos. La primera norma doméstica en incorporarla fue la ley ambiental Estadounidense (National Environmental Policy Act, NEPA 1969). Esta norma obligó a los organismos estatales a presentar ante el Consejo de Calidad Ambiental de EEUU una declaración de impacto que incluyera:

- (i) la enumeración de los efectos perjudiciales e inevitables;
- (ii) el impacto ambiental de la acción planeada;
- (iii) otras alternativas para la solución propuesta;
- (iv) todo efecto que fuera irrevocable sobre los recursos; y
- (v) la solución propuesta entre el uso a corto plazo del ambiente y la preservación y fortalecimiento de la productividad a largo plazo.

Posteriormente, Canadá, Australia y Nueva Zelanda siguen la orientación de la NEPA. Otros Estados como Suecia y Francia limitaron la EIA a la preparación, análisis y aprobación de estudios de impacto ambiental cuya finalidad consistía en ampliar la base de conocimiento para cualquier decisión posterior.

En el ámbito europeo, la Comunidad Europea aprueba en la década de 1980 la Directiva 85/ 337/ CEE, estableciendo la obligación de evaluar el impacto ambiental, de todo proyecto público y privado susceptible de causar efectos negativos. Esto ayudó a consolidar las normas domésticas de los Estados miembros. La norma comunitaria enumera taxativamente los proyectos que requieren evaluación obligatoria, distinguiéndolos de otros que pueden requerirla si la autoridad así lo estima. En 1991 se aprueba el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas

¹⁰¹⁸ CIJ, Gabcikovo-Nagymaros (Hungria v. Eslovaquia), 25/09/1997, <https://www.dipublico.org/cij/doc/107.pdf> (septiembre 2019).

sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un contexto transfronterizo¹⁰¹⁹.

En cuanto a América Latina, el establecimiento de la EIA en las normativas domésticas, respondió mayormente a una exigencia de organismos internacionales de financiamiento. El Banco Mundial requería ya en la década de 1970, la realización de estudios previos de impacto ambiental como requisito para el otorgamiento de créditos. El primer estado que incorpora la EIA en su legislación es Colombia (1973), luego seguirán México (1978); Brasil (1988); Venezuela y Bolivia (1992); Paraguay, Chile y Honduras (1993); Uruguay y Argentina (1994).

Citamos dos ejemplos interesantes de regulación internacional de la EIA.

Primero. En el sistema del Tratado Antártico, el Protocolo de Madrid (1991) introduce una muy detallada obligación de EIA. Caracteriza una triple escala de actividades conforme se estima que las mismas produzcan:

- (i) menos que un impacto mínimo o transitorio;
- (ii) un impacto mínimo o transitorio; y
- (iii) más que un impacto mínimo o transitorio.

Con base en esta clasificación, se permite sin dilación el inicio de la actividad (situación i); o se requiere preparar una evaluación medioambiental inicial (situación ii y iii). Si del resultado de la evaluación inicial se desprende que pudiera provocarse un impacto más que mínimo o transitorio, se deberá realizar una Evaluación Medioambiental Global, con requisitos más rigurosos, que bien puede ser tomada como patrón de una EIA estricta.

Segundo. En el sistema GATT-OMC, el Panel de Expertos de la OMC afirma la obligación de realizar la EIA a quienes pretendan ejecutar actividades que puedan afectar significativamente el ambiente o el uso de los recursos naturales.

En cuanto a técnica legislativa, el art. 206 CNUDM es un ejemplo de la forma como la EIA se legisla:

“Los Estados que tengan motivos razonables para creer que las actividades proyectadas bajo su jurisdicción o control pueden causar una contaminación considerable del medio marino u ocasionar cambios importantes y perjudiciales en él evaluarán, en la medida de lo posible, los efectos potenciales de esas actividades para el medio marino e informarán de los resultados de tales evaluaciones en la forma prevista en el art. 205”.

Se produce una intersección entre el principio precautorio y la EIA en la medida que ambos

¹⁰¹⁹ Firmado en Espoo (Finlandia) el 25/02/1991. Al mismo se le añade el Protocolo sobre evaluación estratégica del medio ambiente, firmado en Kyiv (Ucrania), el 21/05/2003.

postulan una conducta a seguir cuando el conocimiento de las consecuencias dañosas es parcial e incierto. En el contexto Europeo, la Declaración Ministerial de Bergen sobre el Desarrollo Sostenible (1990) afirma:

*“Las medidas ambientales deben anticipar, prevenir y atacar las causas de la degradación ambiental. Cuando existen amenazas de daño serio o irreparable, la falta de plena certidumbre científica no debería ser usado como una razón para posponer medidas de prevención de la degradación ambiental”.*¹⁰²⁰

I.6. El deber de cooperación entre Estados en caso de riesgo ambiental transfronterizo y la responsabilidad sobreviniente

La cooperación interestatal constituye hoy la base de todo proyecto ambiental transfronterizo. Desde la perspectiva de la prevención, la cooperación tiende a evitar o minimizar los riesgos de daños transfronterizos. Ya en la etapa reparatoria, la cooperación intenta minimizar los efectos dañosos una vez producido el riesgo. La cooperación resume varias obligaciones del Estado, quien debe (i) dar aviso inmediato; (ii) proveer información relevante; y en caso de emergencia (iii) cooperar materialmente con los Estados involucrados.

El laudo arbitral en el caso del **Lago Lanoux** (España v. Francia) aplica el deber de cooperación en relación con cursos de agua internacionales. El tribunal arbitral sostuvo que Francia había cumplido con sus obligaciones convencionales y consuetudinarias referidas a consultar y negociar de buena fe antes de desviar el curso de agua que compartía con España. El tribunal afirmó que los intereses contradictorios deben ser reconciliados a través de la negociación y las concesiones mutuas¹⁰²¹. En el caso concreto, Francia debía informar a España de sus propuestas, realizar consultas y sopesar los intereses Españoles en la cuestión, sin que esto significara requerir su consentimiento para actuar. Según el tribunal, España no poseía derecho de veto ni tampoco derecho a reclamar medidas precautorias específicas.

Las cuestiones relativas al contenido de la obligación de cooperación fueron codificadas por la CDI en relación con el Derecho de los Cursos de Agua internacionales¹⁰²², como también en los Principios de Conducta relativos a los Recursos Naturales compartidos, adoptados por el PNUMA en 1978.¹⁰²³

¹⁰²⁰) Environmental Policy and Law, 20, 1990.

¹⁰²¹) Lac Lanoux Arbitration 24 ILR, 1957, 119.

¹⁰²²) Ver ILC, Doc. A/CN.4/320 and Corr.1 First Report on the law of the non-navigational uses of international rivers of 1974 y asimismo el Convenio sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 21/05/1997.

¹⁰²³) PNUMA, Proyecto de Principios de Conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la explotación de los recursos naturales compartidos por dos o mas Estados. Nairobi, 19/05/1978.

En suma, la obligación de cooperación para evitar efectos adversos respecto de recursos compartidos pasa entonces por la realización de la previa EIA, la notificación, la consulta y la negociación con los Estados potencialmente afectados. Tanto en el caso **Lago Lanoux** como en los casos de los Ensayos Nucleares (CIJ 1974)¹⁰²⁴ se afirmó que la secuencia de pasos referida se funda en la práctica reiterada de los Estados.

La Declaración de Estocolmo 1972 declara en el Principio 24:

“Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio ambiente. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio ambiente, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados”.

La AG ONU fue construyendo el principio de cooperación, encomendando a los Estados que intercambien información con un “espíritu de buena vecindad”¹⁰²⁵. Comentan Birnie y Boyle que los principios básicos establecidos en Lago Lanoux se han desarrollado para comprender otras situaciones de manejo transfronterizo de riesgos ambientales, causadas por actividades potencialmente riesgosas o peligrosas. Cabe incluir dentro de éstas, las actividades realizadas en instalaciones nucleares próximas a fronteras, operaciones en la plataforma continental, la contaminación atmosférica de gran distancia y la contaminación marina causada por actividades basadas en tierra o fuentes de vertimiento¹⁰²⁶.

A lo comentado, se suma la responsabilidad objetiva que el DIA impone a los Estados frente a la producción de un daño ambiental, ya que son ellos quienes están obligados a tomar medidas razonables conforme los principios precautorio y de prevención, con el fin de limitar el riesgo de actividades en principio inocuas, pero que puedan provocar consecuencias nocivas. Deben asimismo los Estados asegurar la compensación en caso de daño transfronterizo.

1.7. Contaminador - pagador

El principio contaminador – pagador es esencialmente un principio de política económica que tiende a distribuir los costos de la contaminación. La Organización para la Cooperación y el

¹⁰²⁴) CIJ, Reports 99, Nuclear Test Cases (Australia v. France), Request for the Indication of Interim Measures of Protection, 1973 y también Caso relativo a los Ensayos Nucleares (Nueva Zelanda v. Francia), 20/12/1974.

¹⁰²⁵) AG ONU, Res. 2995 XXVII, 1972

¹⁰²⁶) Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., International Law and the environment, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, p. 104.

Desarrollo Económicos afirma que quien contamina al desarrollar su actividad económica, debe hacerse cargo del costo de las medidas ordenadas por la autoridad, tendientes a asegurar un estado aceptable del medioambiente¹⁰²⁷. Involucra así una responsabilidad social que requiere a toda actividad económica contaminante que internalice los costos ambientales, sea en la etapa de producción o de consumo. Como luego veremos, su complemento es el principio llamado “de la cuna a la tumba”. Ciertos instrumentos de política económica como los subsidios públicos a industrias contaminantes constituyen la antítesis del principio en examen, ya que alientan la continuación de procesos contaminantes sin exigir a las empresas del sector la asunción de los costos de la contaminación que provocan.

En 1973 la OCDE aprueba un Programa de Acción que afirma este Principio¹⁰²⁸ y en 1974 quedará explicitado en una Recomendación del Consejo de la Comunidad Europea relativa a la aplicación del principio.

Las legislaciones domésticas son las más efectivas al momento de instrumentar este principio. Las mismas pueden optar por una variada serie de instrumentos de gestión, tales como medidas impositivas, fiscales, cargos, y normas sobre responsabilidad civil. No obstante, fuera del mundo desarrollado, su efectividad es incierta. La Declaración de Estocolmo no lo preveía, aunque afirma en el Principio 12:

“Deberían destinarse recursos a la conservación y mejoramiento del medio ambiente teniendo en cuenta las circunstancias y las necesidades especiales de los países en desarrollo y cualesquiera gastos que pudieran originar a estos países la inclusión de medidas de conservación del medio ambiente en sus planes de desarrollo, así como la necesidad de prestarles, cuando lo soliciten, más asistencia técnica y financiera internacional con ese fin.”¹⁰²⁹

Existe hoy consenso sobre el carácter ilícito de obtener ventajas económicas a partir de la disminución de estándares ambientales de protección, lo cual ha recibido el nombre de “eco-dumping”.

El Protocolo de Montreal sobre sustancias que reducen la Capa de Ozono (1987/1990) constituye un ejemplo de la aplicación del Principio 12 de Estocolmo antes transcrito.

1.8. De la cuna a la tumba

Una derivación del anterior es el principio “de la cuna a la tumba” (“from cradle to grave”) que nace como consecuencia de la necesidad de tratamiento de los desechos radiactivos y nucleares y

¹⁰²⁷) OCDE, Recomendaciones C (72) 128, 1972; C (74)223, 1974.

¹⁰²⁸) OCDE, Declaración sobre un Programa de Acción Ambiental, 1973.

¹⁰²⁹) Declaración de Estocolmo, Principio 12.

hoy se extiende al conjunto de las actividades económicas. Señala como responsables del tratamiento final de los productos a quienes han contribuido mayormente a su generación, sumando al circuito económico clásico de “producción – distribución y consumo”, una cuarta etapa que incluye el reciclado y la disposición final. Así, el costo vuelve a trasladarse a la cadena de producción y de manera indirecta, a los consumidores de ese producto o servicio, antes que a la sociedad toda.

I.9. Monitoreo constante de actividades que pueden afectar al ambiente y nivel adecuado de actuación

El principio de monitoreo constante postula la obligación estatal de ejercer un control efectivo continuo a fin de registrar cambios significativos en la calidad ambiental y el uso de los recursos, dar a publicidad tales cambios y en su caso, formular planes alternativos de manejo. En tanto la prevención es tarea de todos los actores sociales (públicos y privados), el monitoreo es una función básica de la autoridad pública, a quien se recomienda reemplazar el control sancionatorio por el control preventivo.

El monitoreo constante implica la formulación de opciones de manejo ambiental conforme se vayan detectando inconvenientes durante el desarrollo de la actividad. La mayoría de las constituciones argentinas coloca en cabeza del Estado la obligación del control posterior, no como herramienta sancionatoria, sino con el propósito de reformular actividades que sin haberse previsto inicialmente, provocan daños una vez en ejecución.

En el Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, leemos en su art. 3(2.e):

“Se llevará a cabo una observación regular y efectiva para facilitar una detección precoz de los posibles efectos imprevistos de las actividades sobre el medio ambiente antártico y los ecosistemas dependientes y asociados, ya se realicen dentro o fuera del área del Tratado Antártico”.

Al preguntarnos por la agencia estatal en la que debe descansar primariamente la responsabilidad de la prevención, la respuesta la brinda el principio del **nivel adecuado de actuación**. El mismo postula la necesidad de buscar un accionar local, nacional, regional o internacional conforme surja a priori de la naturaleza del problema ambiental en cuestión. Su idea fuerza reside en que generalmente, la agencia estatal más próxima al problema es quien mejor conoce las causas y consecuentemente, puede aplicar de forma mas eficiente las soluciones previstas. Es la llamada “corrección en la fuente”.

Desde el derecho comunitario, la UE establece entre los objetivos de su acción ambiental “el

fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente”. Afirma luego que:

*“la Unión y sus Estados Miembros serán responsables de la consecución de los objetivos prioritarios establecidos en el Programa; debiendo aplicar un planteamiento coherente para resolver los problemas, y actuando según el principio de subsidiariedad y al nivel que resulte más adecuado con los objetivos y resultados del mismo”.*¹⁰³⁰

La frase “pensad globalmente, actuad localmente” sintetiza inteligentemente la necesidad que las soluciones sean pensadas y consensuadas globalmente y al mismo tiempo, requieran actuación y control locales.

I.10. Desarrollo Sostenible

Este principio se constituye en el eje de la problemática ambiental. Postula la obligación de no degradar ni contaminar el ambiente en pos de un crecimiento ilimitado del consumo.

Se acostumbra distinguir entre sustentabilidad débil y fuerte, según se afirme que lo que debe mantenerse es “igual cantidad” de recursos (sostenibilidad) o a esto se agregue la necesidad de mantener la “calidad” de su composición, incluyendo la biodiversidad a partir de la interacción con otros factores sociales (sustentabilidad). A los fines prácticos, utilizamos ambos conceptos indistintamente.

La teoría del desarrollo sostenible se funda en la idea de equidad que se expresa de manera dual:

- (i) la equidad actual implica responsabilidad intra-generacional; y
- (ii) la equidad futura se corresponde con la responsabilidad inter-generacional.

A comienzos de 1962, la utilización de pesticidas había sido puesta, cuando su naturaleza tóxica fue revelada por Rachel Carson en un libro titulado *Silent Spring*. Con el correr del tiempo, aparecen los movimientos ambientalistas que refuerzan su reclamo, fundados en las evidencias científicas sobre la vulnerabilidad de la biósfera y los efectos negativos de los patrones del “consumo del derroche”. Se pone en tela de juicio la unión tecnología + economía. Surgen entonces los primeros debates relativos a la necesidad de reformular la racionalidad del desarrollo contemplando la perspectiva ambiental. En 1971, un grupo de expertos reunidos en Suiza concluye en que las estrategias ambientales y de desarrollo deberían integrarse. Al año siguiente y en base a los problemas de polución en el norte europeo, la ONU convoca a una conferencia internacional en Estocolmo, Suecia. Aunque en cierto sentido, el desarrollo sostenible pueda ser visto como una versión

¹⁰³⁰ Ver Séptimo Programa de Medio Ambiente de la Unión Europea, y la propuesta de Decisión relativa al Programa General de Medio Ambiente de la Unión hasta 2020: “Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta” (COM (2012) 710 final, Bruselas, 29.11.2012), art. 3.

actualizada de un movimiento anterior denominado tecnología apropiada (o alternativa), el concepto aparece por vez primera en un documento internacional en esta Cumbre de Estocolmo de 1972.

En el mismo año, se elabora un trabajo que pondría el alerta mundial respecto de la viabilidad de la continuación de los hábitos de consumo occidentales en el futuro mediato. El documento “Límites al crecimiento” (Meadows 1972), sugería la posibilidad que el planeta experimentara un desastre ecológico en caso de continuar con los patrones económicos de producción y consumo seguidos hasta ese momento. A mediados de la década de 1980, cobra estado público el adelgazamiento de la capa de ozono sobre la Antártida, comenzándose a mencionar la posibilidad de un calentamiento global derivado del efecto invernadero de los gases situados en la atmósfera terrestre.

En 1980 el término es mencionado en el documento “Estrategia de Conservación Global”, elaborado conjuntamente por el PNUMA y la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN en más). El documento enfatiza la interdependencia entre la conservación y el desarrollo, haciendo hincapié en el concepto de “desarrollo sostenible”. En realidad, la “Estrategia...” acentuaba la sustentabilidad ecológica, interesándose muy poco por el desarrollo económico. Su propuesta constaba de tres objetivos principales: (i) el mantenimiento de los procesos ecológicos; (ii) la preservación de la diversidad genética; y (iii) la utilización sustentable de recursos (UICN, 1980). La Estrategia de Conservación Global fue criticada por ir contra el desarrollo. Soussan y Millington afirmaron que falló en reconocer la relación dinámica entre el desarrollo económico y el ambiente.¹⁰³¹ El documento adopta solo el enfoque ambientalista que hace hincapié en la sustentabilidad, sin tomar en cuenta las necesidades de crecimiento económico a fin de satisfacer las necesidades presentes.

En 1982 la AG ONU adopta la Carta Mundial de la Naturaleza, precedida por la Carta de Nairobi (mayo 1982). Ambos documentos lideraron una reformulación del concepto de desarrollo sostenible. A estos efectos en 1983, se crea en el marco de la ONU una Comisión con el fin de elaborar un informe. Nace así la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo (UNWCED), conocida luego como la Comisión Brundtland, la cual estudió el problema y mantuvo audiencias públicas. Su trabajo final se expresó a través del Informe Nuestro Futuro Común (1987), documento considerado fundamental en la evolución de toma de conciencia a nivel global. El Informe enfatiza la necesidad de desarrollar estrategias que reconozcan los límites en la capacidad de los ecosistemas para auto regenerarse y absorber los desechos producidos.

¹⁰³¹ Soussan, J.G. (1992), “Sustainable development”, in: Archibugi, F. and Nijkamp, P. (eds.), “Economy and ecology: towards sustainable development”, Kluwer, Academic Publishers, Dordrecht.

El término desarrollo sostenible como tal fue definido por vez primera en este Informe como aquel que “satisface las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para alcanzar las propias”. Casi en forma simultánea con el Informe Brundtland, el PNUMA edita el documento “Perspectivas ambientales para el año 2000 y siguientes” (1987). También en la década de 1980 tiene lugar la Declaración del Consejo de Europa (1985), documento que elabora los beneficios de establecer un tratamiento común para el ambiente y la economía.

Llegados a la década de 1990, el Tratado de la Unión Europea (Maastricht 1993) asigna a la comunidad en su conjunto, la misión de promover “un crecimiento sustentable y no inflacionista que respete el medio ambiente”; en tanto el Quinto Programa de Acción de la Unión (1992-1997) tuvo por título “Hacia un Desarrollo Sustentable”, entendiéndose por tal “una política y una estrategia de desarrollo económico y social continuo que no vaya en detrimento del medio ambiente ni de los recursos naturales, de cuya calidad depende la continuidad de la actividad y el desarrollo de los seres humanos”. En la misma época comienza a sonar con insistencia la necesidad de reformular la relación entre desarrollo y ambiente, introduciéndose el concepto de desarrollo ambientalmente sostenible, que en principio implicaba la continuidad del crecimiento, pero cuidando de producir consecuencias negativas (al menos graves) para el ambiente. Un nuevo informe Meadows endereza la cuestión hacia la compatibilidad de los conceptos: “Mas allá de los límites”, afirma veinte años después del primer polémico documento que “pese a existir límites al crecimiento, no tiene por qué haberlos al desarrollo”¹⁰³². Posteriormente y como dimos cuenta, en la CNUMAD 1992, los gobiernos aceptan formalmente esta necesidad de cambio de políticas. En lo orgánico, también hubo cambios de magnitud. Nace la Comisión sobre Desarrollo Sostenible (ONU), cuya principal misión consiste en coordinar y supervisar la instrumentación de los Acuerdos de Río y monitorear su evolución. Se vigoriza al PNUMA, y se decide que el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) promueva y brinde ayuda al Tercer Mundo de manera coordinada con el anterior.

En la CNUMAD, valorando la totalidad de los documentos allí adoptados, se precisa el concepto de desarrollo ambientalmente sostenible, calificándolo de “humano”. Así, el Principio 1 de la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo, afirma que

“el ser humano se encuentra en el centro de las preocupaciones del desarrollo sostenible. Son los

¹⁰³² Meadows, Donella H., Meadows Dennis L., Randers Jørgen, “Resumen Ejecutivo de Mas allá de los límites”, Earthscan (UK), 1992.

titulares del derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza."

Casi inmediatamente después de Río, el término *desarrollo humano sostenible* reemplaza en gran parte de la discusión política y normativa, al desarrollo sostenible a secas. La nueva expresión acuñada refleja de manera más concreta la convicción referida a que la pobreza, la iniquidad y la explosión demográfica se hallan en la raíz de las crisis ambientales. La misma CNUMAD adopta la clásica definición del Informe Brundtland, en tanto el Principio 3 de la Declaración de Río expresa:

"El derecho al desarrollo debe ser completado de forma tal que se alcance equitativamente las necesidades ambientales y económicas de las generaciones presentes y futuras."

A partir de Río entonces, se reconoce que el desarrollo humano sostenible comienza con la gente, especialmente la marginada: pobres, mujeres, niños, discapacitados y aborígenes. Esto es relevante en tanto luego trataremos la importancia reconocida a diferentes grupos sociales en la instrumentación del concepto. Conforme lo dicho, se incluye actualmente dentro del concepto de desarrollo humano sostenible a un conjunto de requerimientos mínimos para las sociedades, que comprenden una alimentación adecuada, vivienda, empleo, salud y educación.

I.11. Responsabilidad intergeneracional

La teoría de la responsabilidad inter-generacional intenta explicar la relación óptima entre el uso de recursos por parte de la generación presente y la disponibilidad de los mismos para las generaciones futuras. La teoría explicada por Brown-Weiss¹⁰³³ en las Directivas de Goa sobre equidad inter-generacional, requiere que cada generación use y desarrolle su herencia natural y cultural de forma tal que pueda ser transmitida a las futuras generaciones en una condición -al menos- similar a como fue recibida.

Ya en 1946, la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas reconocía "el interés de las naciones de todo el mundo en salvaguardar para las generaciones futuras los grandes recursos naturales que representa la especie ballenera"¹⁰³⁴. La perspectiva generacional se retoma en la Declaración de Estocolmo en referencia a la responsabilidad del hombre en proteger el ambiente y los recursos naturales en beneficio de las generaciones futuras, especialmente en los Principios 1 y 2. La naturaleza de la responsabilidad inter-generacional se aprecia mejor en la Carta Mundial para la Naturaleza, la cual:

"Reafirma (...) que el hombre debe adquirir los conocimientos necesarios a fin de mantener y

¹⁰³³) Brown- Weiss, In fairness to future generations, Dobbs Ferry, NY, 1989 y Goa Guidelines on Inter-generational equity, 1988, Appendix A.

¹⁰³⁴) Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas de 1946, texto que incluye las modificaciones del Protocolo de 19-XI-1956. Washington, 02/12/1946, para. 2.

desarrollar su aptitud para utilizar los recursos naturales en forma tal que se preserven las especies y los ecosistemas en beneficio de las generaciones presentes y futuras (...).¹⁰³⁵

La idea de preservación implica varias consecuencias relevantes. Primero, considerar y proteger la viabilidad genética. Segundo, mantener niveles de población animal suficientes para su supervivencia. Tercero, conservar ejemplares representativos de los ecosistemas. Cuarto, el manejo de los recursos debe dirigirse a mantener la sustentabilidad productiva óptima -por ejemplo, el estándar de la máxima captura permisible-. Quinto, prohibir la sobre explotación del recurso para permitir su regeneración y en sexto lugar, la evitación del daño ambiental irreversible.

FOR AUTHOR USE ONLY

¹⁰³⁵) AG ONU, resolución 37/7, Carta Mundial de la Naturaleza, 28/10/1982, para. 9.

Sección Tercera. Problemas ambientales globales y respuesta normativa

I. Introducción

Al rol fundamental de los Estados en la generación de normas e instrumentación de políticas, el DIA le agrega la participación de diversos actores internacionales comprometidos con la problemática ambiental. Entre ellos, las ONGs temáticas y por supuesto, el individuo. Por otra parte, al igual que en el sistema de protección de derechos humanos, el DIA intenta sumar la mayor cantidad de voluntades y asignarles derechos y obligaciones, de forma tal de ampliar la base de concienciación ambiental que derive en una protección efectiva. La teoría de los intereses difusos como herramienta procesal tiende a este fin.

La importancia del derecho doméstico ambiental puede ser entendida desde al menos tres niveles.

Primero, el derecho doméstico es el instrumento a través del cual el DIA puede ser invocado por y aplicado a los individuos en forma directa.

Segundo, la ley interna puede ser utilizada como instrumento de re-asignación de costos ambientales. En este sentido los estándares ambientales internacionales ayudan a impedir el eco-dumping practicado por algunos Estados, entendido como ausencia de legislación ambiental o existencia de normas “amigables” para los contaminadores como estrategia de atracción de inversiones extranjeras. Cuando el Estado internaliza los estándares ambientales internacionales, reubica los costos ambientales locales artificialmente distorsionados.

Tercero, las obligaciones internacionales impuestas a los Estados permiten en ocasiones denunciar al Estado responsable de una violación. Además y con independencia de la posibilidad de denuncia ante organismos especializados de ONU, o de sistemas regionales como la OEA o UE, se ha manifestado la necesidad de conformar un Tribunal Internacional del Ambiente.¹⁰³⁶

Tratamos a continuación la protección normativa internacional que han recibido distintos bienes globales ambientales. Elegimos considerar particularmente la situación de los recursos naturales y espacios comunes; el aire; el agua; los residuos peligrosos; la energía nuclear; y finalmente, el cambio climático. Los analizamos en el orden citado.

¹⁰³⁶ Ver Jaime Cubides Cárdenas, Antonio Fajardo Rico y Dayana Andrea Gordillo Pinzón, Tribunal Internacional Ambiental y Responsabilidad de los Estados por Daños al Medioambiente: ¿una idea utópica?, Revista Jus Público, Universidad Católica de Colombia, No. 24, (2018). En internet <https://hdl.handle.net/10983/20297> (enero 2020).

II. Recursos naturales y espacios comunes

II.1. Estatus legal de los recursos naturales y espacios comunes

El acceso igualitario y la no-discriminación son principios ambientales derivados del carácter de derecho humano fundamental del derecho al ambiente. Diversos instrumentos internacionales afirman el derecho humano fundamental a gozar de un ambiente apto para la salud y bienestar de la persona humana. La Constitución Argentina lo ha incorporado en su última reforma (art. 41 CN). El principio de la no discriminación ambiental implica según la OCDE, brindar igual trato a todos los efectos de actividades contaminantes, sin importar si provienen de fuente doméstica o transfronteriza. Los responsables de la contaminación transfronteriza deben estar sujetos a sanciones legales no menos severas que las aplicadas a igual contaminación en la esfera doméstica. El DI clásico consideró como dado que los recursos naturales eran parte del territorio del Estado y en consecuencia, sujetos a su soberanía. No se distinguía entre recursos vivos y no renovables, como los minerales. En tanto formaran parte del patrimonio del Estado, el DI no tenía injerencia en las decisiones estatales.

El sistema ONU no innova mayormente, en tanto afirma el principio de la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, como respuesta al problema de los nuevos Estados que tras su independencia, debían resolver cuestiones de propiedad o gerenciamiento extranjero de sus recursos naturales, entre los que sobresalía el petróleo. La AG ONU aprueba en 1962 la Resolución 1803 (XVII) que afirma:

*“El derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado”.*¹⁰³⁷

En el Preámbulo se lee que el Estado resulta ser titular del derecho:

*“Tomando nota de que el ejercicio y robustecimiento de la soberanía permanente de los Estados sobre sus riquezas y recursos naturales fortalecen su independencia económica(...)”.*¹⁰³⁸

Como es de esperar por el año en que fue redactada, la resolución no diferencia entre recursos vivos y no vivos, ni tampoco se menciona la obligación de conservación, aún cuando habla de los beneficios mutuos de la cooperación tecnológica y del intercambio de información científica.

Dos años después de Estocolmo 1972, la AG ONU aprueba la resolución 3201 que proclama la necesidad de construir un Nuevo Orden Económico Internacional.¹⁰³⁹ En ella se reafirma la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y el derecho a la nacionalización

¹⁰³⁷) AG ONU, Resolución 1803 (XVII) de 14/12/1962 titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales", l.

¹⁰³⁸) Idem ant., Preámbulo.

¹⁰³⁹) AG ONU, resolución 3201 (S-VI), 1974 titulada Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional y su Programa de Accion (res. 3202 S-VI) ambos aprobados el 01/05/1974.

de los mismos. Inmediatamente después la ONU aprueba la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.¹⁰⁴⁰ Su art. 1 afirma:

“Todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de elegir su sistema económico, así como su sistema político, social y cultural, de acuerdo con la voluntad de su pueblo, sin injerencia, coacción ni amenaza externa de ninguna clase.”

Este derecho lo poseía el Estado -en la consideración internacional de la década de 1970- con carácter “pleno y permanente, incluso posesión, uso y disposición, sobre toda su riqueza, recursos naturales y actividades económicas”.¹⁰⁴¹

Como vemos, el sistema reforzó hasta la década de 1970 la idea del recurso-propiedad estatal a los fines de su explotación. Aún así, dentro del marco de amplitud decisoria que parece dar el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales existentes en cada Estado, comenzaron a negociarse tratados cuyo objeto fue la preservación de recursos específicos, limitando así el principio. Aparecen entonces los primeros límites en función de la conservación. Citamos aquí la Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (UNESCO 1972); la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES 1973); la Convención de Berna sobre la conservación de la vida silvestre europea (1979); y la Convención africana sobre la conservación de la naturaleza (1968).

II.2. Recursos naturales compartidos

Los recursos naturales compartidos constituyen una categoría intermedia ya que no se ubican dentro del control exclusivo de un Estado aunque tampoco constituyen un patrimonio común de la Humanidad. Entre los ejemplos se cita a los cursos de agua comunes y las especies migratorias.

La AG ONU ha elaborado un conjunto de resoluciones que afirman como principio general que los Estados no poseen soberanía ilimitada respecto de los recursos compartidos. La resolución 3129 (XXVIII 1973) convoca a elaborar estándares internacionales para la conservación y utilización de los recursos naturales compartidos entre dos o más Estados, quienes deben cooperar a fin de intercambiar información y realizar consultas previas a su uso. El art. 3 de la Carta sobre Derechos y Deberes económicos de los Estados (1974) afirma igual idea:

“En la explotación de los recursos naturales compartidos entre dos o más países, cada Estado debe cooperar sobre la base de un sistema de información y consulta previa, con el objeto de obtener una óptima utilización de los mismos que no cause daños a los legítimos intereses de los otros”.

¹⁰⁴⁰) AG ONU, resolución 3281 (XXIX) de 12/12/1974

¹⁰⁴¹) Idem ant., art. 2.

Los dos últimos documentos mencionados constituirán la base sobre la cual años más tarde, el PNUMA elaborará sus “Principios de conducta en la conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos” (1978) destinados a servir de guía a los Estados cuando éstos formulen convenciones bi o multi-laterales.

Aún cuando no constituyan DI general, estos principios enfatizan las obligaciones de cooperación transfronteriza y de uso sustentable. El Principio 4 requiere de los Estados realizar la EIA antes de comenzar actividades que puedan perjudicar al ambiente o a otro Estado con quien comparta recursos naturales. El Principio 3 afirma la obligación de minimizar los riesgos y la responsabilidad estatal consecuente. Los Principios 13 y 14 declaran la necesidad de la no-discriminación y el acceso igualitario.

II.3. Contaminación y calidad del aire

Las fuentes principales de la contaminación transfronteriza del aire son el sulfuro de dióxido (SO₂) y el óxido de nitrógeno (NO_x) producido por la combustión de fósiles para generación de energía y usos industriales, y las emisiones de vehículos desde la década de 1960.¹⁰⁴² Ambos pueden depositarse en forma seca o como lluvia ácida. El efecto contaminante es similar.

Durante la década de 1980 se relacionó la liberación de clorofluorocarbonos (CFC) y otras sustancias basadas en cloros con la destrucción gradual de la capa de ozono que protege al planeta de la radiación ultravioleta. Estas sustancias contribuyen al calentamiento global, más conocido como el efecto invernadero, provocando el cambio climático que puede producir efectos significativos en el nivel del mar, los bosques, agricultura, ecosistemas naturales y la distribución de la población.

Se cree que el mayor riesgo del cambio climático es provocado por las emisiones de CO₂, incluyendo los CFC, metano y óxidos de nitrógeno. El Panel intergubernamental sobre Cambio Climático establecido por el PNUMA y la organización Meteorológica Mundial, reporta desde hace ya décadas, que las emisiones resultantes de actividades humanas incrementan sustancialmente las concentraciones atmosféricas de gases de efecto invernadero y que, de no ser controladas, pueden resultar en un calentamiento adicional de la superficie terrestre mayor que el experimentado en los 10.000 años previos.¹⁰⁴³

La atmósfera no constituye por sí misma una categoría distintiva en el DI general. No se la equipara con el espacio aéreo, que implica una dimensión espacial sujeta a la soberanía del Estado, en tanto

¹⁰⁴²) Observaciones científicas demuestran que tanto las partículas de sulfuro como de nitrógeno se dispersan en la atmósfera a lo largo de miles de kilómetros.

¹⁰⁴³) PNUMA/OMM Panel intergubernamental sobre Cambio Climático, Scientific Assessment of Climate Change, 1990, id. Potential Impacts of Climate Change, 1990.

es una masa de aire en continuo movimiento transfronterizo. Debido a esta superposición constante entre soberanías de diversos Estados y lugares no sometidos a jurisdicción alguna, tampoco es considerada un “global common” como el alta mar.

La respuesta ha sido considerarla un recurso compartido al momento de regular algún aspecto en forma bi o multilateral. Este estatus es consistente con las interpretaciones regionales que regulan y controlan la contaminación transfronteriza del aire. En 1979 se aprobó la Convención de Ginebra sobre contaminación aérea transfronteriza a gran distancia.

Esta calificación de la atmósfera como “recurso compartido” produce menores efectos en comparación con otras cuestiones relacionadas con la atmósfera, como la disminución de la capa de ozono o el cambio climático. Esto demuestra la complejidad legal y científica que envuelve la protección de la atmósfera global y sus varios componentes. Además, el control de la polución transfronteriza del aire, el adelgazamiento de la capa de ozono y el cambio climático se constituyen en elecciones costosas y difíciles para Estados que luchan por resolver problemas coyunturales políticos, sociales o económicos. Lo comentado intenta explicar la relativa inacción estatal frente a una cuestión concreta necesitada de acciones urgentes. La respuesta común de los Estados ha consistido en posponer acciones hasta contar con evidencias científicas claras y pruebas del daño existente.

En este campo una vez más, el arbitraje de la **Trail Smelter**¹⁰⁴⁴ puede servir como guía principal en referencia a que ningún Estado posee el derecho de usar o permitir el uso de su territorio de forma tal que cause perjuicio en el territorio, la propiedad o las personas de otro Estado, siempre y cuando las consecuencias sean serias y el daño se establezca a través de evidencias claras y convincentes.

La OCDE fue la primera organización internacional que desarrolla una estrategia extensiva a fin de tratar la contaminación aérea transfronteriza. La organización establece un programa de monitoreo en 1972, y emite recomendaciones sobre medidas de control y límites respecto de varias formas de la contaminación del aire, incluyendo la reducción del dióxido sulfúrico y la contaminación aérea proveniente de combustibles fósiles¹⁰⁴⁵. Básicamente la política de la OCDE consiste en alentar la coordinación de políticas de control domésticas, afirmar la aplicación del principio contaminador-pagador a la imputación de costos de la contaminación, y extender los remedios transfronterizos a través del acceso igualitario y la no discriminación. Este enfoque ha tenido particular aceptación en Europa occidental y América del Norte.

El Convenio de Ginebra sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia faculta

¹⁰⁴⁴) AJIL, 35, 1941, p. 716.

¹⁰⁴⁵) Ver OCDE y el ambiente, OECD DAC, Paris Declaration Action Plans, Paris 1986, ps. 196-9.

a las partes a tratar la masa de aire Europea como un recurso compartido e identifica el problema como de tal naturaleza que requiere coordinar las medidas de control de la contaminación, así como los estándares de emisión comunes. Su propósito es prevenir, reducir y controlar la contaminación del aire transfronteriza, tanto de fuentes clásicas como nuevas. Sin embargo, no contiene provisiones sobre responsabilidad por daños provenientes de la contaminación transfronteriza del aire. El tratado entra en vigor en 1983 y cuenta al momento con 51 Estados ratificantes¹⁰⁴⁶.

II.4. Contaminación y calidad de cursos de agua internacionales

El estudio de los cursos de agua internacionales comprende ríos, lagos y aguas subterráneas compartidas entre dos o más Estados. Estos cursos generalmente forman el límite interestatal o bien se encuentran a lo largo del mismo; en el caso de los ríos, pueden correr a lo largo de una sucesión de Estados¹⁰⁴⁷. Existen dos técnicas al momento de efectuar la regulación: (i) contemplar sólo el determinado espacio marítimo compartido, o bien (ii) incluir sus lagos asociados, ríos tributarios, aguas subterráneas donde sea que estén ubicadas. Al respecto comenta la International Law Association (ILA en mas):

“La cuenca hidrográfica constituye una unidad hidrológica indivisible que requiere una consideración comprensiva de forma tal de lograr el uso máximo y desarrollo de cualquier porción de sus aguas”.¹⁰⁴⁸

Como ejemplos de regulación de cuencas, citamos el Tratado de la cuenca del Río Senegal de 1972¹⁰⁴⁹; el Acuerdo relativo al Sistema del río Zambesi de 1987¹⁰⁵⁰; o el Tratado de la Cuenca del Plata de 1969¹⁰⁵¹, entre varios otros. En materia de cuencas son relevantes las conclusiones de la Conferencia de Estocolmo de 1972 y la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua de Mar del Plata de 1977¹⁰⁵². La definición de la ILA de una cuenca hidrográfica internacional es extensiva, en tanto la misma:

“es la zona geográfica que se extiende por el territorio de dos o mas estados determinada por la línea divisoria de un sistema hidrográfico de aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una salida común”.¹⁰⁵³

El DI clásico aceptaba un concepto restringido de protección como el expresado en el Acta Final del

¹⁰⁴⁶ Datos a enero 2020.

¹⁰⁴⁷ Ver Lammers J. G., *Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1984.

¹⁰⁴⁸ ILA, Helsinki Rules, Report of the 52nd Conference, 1966, p. 485.

¹⁰⁴⁹ UN Doc. ST/ESA/141.

¹⁰⁵⁰ *International Legal Materials*, 27, 1988, p. 1109.

¹⁰⁵¹ Estados miembros originarios: Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay. Brasilia, 23/04/1969. En internet http://www.nuestromar.org/servicios/legislacion/tratados/tratado_de_la_cuenca_del_plata

¹⁰⁵² Reporte de la Conferencia ONU sobre el Agua, Mar del Plata, 14-25/03/1977. Ver II Yearbook ILC, 1986.

¹⁰⁵³ ILA, Normas de Helsinki sobre las aguas de los ríos internacionales, art. II.

Congreso de Viena (1815), que regulaba los ríos internacionales que separaban o atravesaban el territorio de uno o más Estados, y los declaraba abiertos a la navegación de todos los Estados ribereños. Aunque alejada de un propósito de protección ambiental, la definición de Viena tuvo una influencia notable. Por ejemplo, el Tratado de límites marítimos de 1909 entre Estados Unidos y Canadá que aún regula las relaciones referidas a los cursos de agua en la frontera entre ambos Estados, excluye a los ríos tributarios y a los ríos que corren a través del límite, aún cuando sí se aplica a la contaminación transfronteriza.

La distribución de los recursos acuíferos entre los Estados involucrados puede realizarse de conformidad con al menos cuatro teorías: (i) de la soberanía territorial; (ii) de la integridad territorial; (iii) del uso equitativo; y (iv) del manejo común.

La teoría de la soberanía territorial postula que los Estados poseen soberanía absoluta sobre las aguas que se encuentran dentro de su territorio y en consecuencia son libres de utilizarlas como mejor consideren, extrayendo las cantidades que necesiten o alterando su calidad, con independencia del efecto que sus acciones produzcan en el uso o abastecimiento de los tributarios. Esta es la doctrina Harmon que lleva el nombre del Procurador General de Estados Unidos que afirmó el derecho absoluto de su país para desviar el Río Grande durante el siglo XIX. Como es de notar, la doctrina tuvo poco apoyo internacional y al presente, hasta Estados Unidos se ha retractado, y en los tratados con México y Canadá aceptó soluciones consistentes con la idea del uso equitativo.

La teoría de la integridad territorial ha sufrido iguales críticas que la anterior. Afirma el derecho del Estado ribereño aguas abajo, de controlar el flujo completo del agua. Cualquier interferencia del curso normal por parte del Estado ribereño aguas arriba, necesitaría el consentimiento del ribereño inferior. Encontró poco apoyo en la práctica estatal y la doctrina y a veces es confundida con el principio que impide a los Estados permitir que su territorio sea utilizado de forma tal que cause perjuicio a otros Estados. No obstante, son cuestiones diferentes ya que el último principio no otorga derechos de integridad territorial -y mucho menos absoluto- a los Estados potencialmente afectados.

La doctrina del uso equitativo es la de mayor aceptación. Postula que los cursos de agua deben ser tratados como un recurso compartido y se encuentran sujetos a una utilización equitativa entre los Estados ribereños. El uso equitativo descansa en el fundamento de la igualdad de derechos o soberanía compartida y no debe ser confundido con una división igualitaria, sino que generalmente se traduce en una negociación donde se considera un balance de intereses que debe acomodarse a

las necesidades y usos de cada Estado. Las Normas de Helsinki de la ILA en su art. IV afirman:

“Todo estado ribereño de una cuenca tiene derecho, dentro de los límites de su territorio, a una participación razonable y equitativa en los usos beneficiosos de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional”.

El comentario al artículo describe a la utilización equitativa como el “mas importante principio del DI en este área”.

Por último, la teoría del manejo común parte de la idea que las cuencas hidrográficas son manejadas más eficientemente si se las considera como una unidad. Así, postula la necesidad de crear instituciones efectivas que aseguren la utilización equitativa y el desarrollo. Como ya comentamos, la práctica moderna de los Estados adhiere a esta idea basada en intereses comunes de los ribereños. Ejemplos de esta práctica encontramos en el Comité Intergubernamental Coordinador de los Países de la Cuenca del Plata -CIC- que es el órgano ejecutivo del Sistema de la Cuenca del Plata¹⁰⁵⁴; la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica cuya finalidad es fomentar la cooperación en relación con la cuenca Amazónica; la Comisión de la cuenca del Lago Chad; o la Comisión Internacional para la protección del Río Danubio, entre otras.

II.4.a. Contaminación y usos permitidos. La contaminación de los ríos generalmente se origina por causa de efluentes industriales, escurrimientos de la industria agrícola o descargas de fluidos domésticos. El DI considera en principio como lícitas a todas estas actividades. Sólo en algún caso y respecto de algún contaminante en particular existe una prohibición absoluta de alterar la calidad de las aguas. La tendencia ha sido requerir a los Estados que regulen y controlen la contaminación de los ríos, prohibiendo ciertas formas de descarga contaminante y exigiendo el tratamiento de efluentes antes de su vertimiento. Por ejemplo, el tratado de aguas del río Indo entre Pakistán e India de 1960¹⁰⁵⁵, limita el uso industrial de las aguas y requiere medidas para prevenir la contaminación indebida que afecte otros intereses. No obstante, se basa en la idea de permitir ciertos usos contaminantes en tanto los mismos sean consistentes con una utilización equitativa.

En cuanto a la práctica de los Estados respecto de las fuentes terrestres de contaminación, en general prohíbe la descarga de sustancias tóxicas, especialmente si poseen la calidad de ser persistentes o radiactivas.

¹⁰⁵⁴) En internet <https://cicplata.org/es/> disponible a agosto 2019.

¹⁰⁵⁵) El Tratado de Aguas del Indo es un tratado de intercambio de agua entre Pakistán y la India, auspiciado por el Banco Mundial. El tratado fue firmado en Karachi el 19/09/1960 por el primer ministro indio Jawaharlal Nehru y el presidente de Pakistán, Mohammad Ayub Khan.

Como vemos, el uso equitativo tiene precedencia sobre otros principios, incluida la obligación de prevenir el daño sensible a otros Estados. Como afirmó un relator de la CDI:

*“un uso equitativo realizado por un Estado puede causar un daño apreciable o significativo a otro Estado que utiliza el mismo curso de agua, aun cuando no signifique un daño en el sentido legal o sea de alguna forma ilícito”.*¹⁰⁵⁶

Dos cuestiones merecen ser destacadas. Primera, cuando varios usos son posibles, como por ejemplo las descargas industriales y la pesca, conforme el DI, ninguno posee prioridad. Ciertos tratados sí establecen prioridades, pero cada caso será resuelto conforme lo consideren las partes. En este punto las Normas de Helsinki refieren en su art. VI que ninguna categoría de usuarios posee prioridad sobre otra:

“Un uso o categoría de usos no entrañan el derecho a ninguna preferencia inherente respecto de todo otro uso o categoría de usos”.

Segunda, no existe una preferencia automática por un uso establecido. Una regla inflexible en esta cuestión generaría una servidumbre, institución que no posee mayor practicidad en el DI. Afirma Lester:

*“El concepto de servidumbres internacionales es de un valor negativo, desde que sus características ilustran la irrelevancia de las nociones del derecho doméstico de propiedad y permanencia al problema de la contaminación de ríos internacionales”.*¹⁰⁵⁷

En suma, podemos afirmar el principio del uso equitativo para determinar la permisibilidad del daño contaminante siempre y cuando no sea significativo. El uso equitativo generalmente funciona cuando es adoptado en una base multilateral y sólo si se sustenta en instituciones apropiadas y políticas coordinadas.

II.4.b. Obligación de prevenir el daño a otros Estados. El art. 7 del Proyecto de artículos propuestos por la CDI en referencia a los recursos naturales compartidos, caracteriza a esta obligación como DI de fuente consuetudinaria¹⁰⁵⁸, incluyendo a la contaminación o daño ambiental en forma específica:

“Los Estados que cuentan con cursos de agua, en forma individual o conjunta, deberán prevenir, reducir y controlar la contaminación de los cursos de agua que pueda causar daño apreciable a otros estados con cursos de agua o su medio ambiente, incluyendo el daño a la salud humana o a la seguridad, o al

¹⁰⁵⁶) CDI, II Yearbook, 1986, p.133, expresión del relator McCaffrey.

¹⁰⁵⁷) Lester, A. P. , River pollution in International law, American Journal of International Law, 57, 1963, p. 834 y ss.

¹⁰⁵⁸) El nombre completo del proyecto es 1978 UNEP Draft Principles of Conduct in the Field of the Environment for the Guidance of States in the Conservation and Harmonious Utilization of Natural Resources Shared by Two or More States. PNUMA 1978, Proyecto de principios de conducta en el campo del medio ambiente para guiar a los Estados en la conservación y utilización armoniosa de los recursos naturales compartidos por dos o mas Estados.

uso de las aguas para cualquier propósito benéfico o a los recursos vivos de las aguas (...).¹⁰⁵⁹

Esta provisión se reitera en el art. 194 de la CNUDM y es afirmada por la doctrina internacional.¹⁰⁶⁰ Los laudos de la **Fundición Trail** y del **Lago Lanoux** afirman el principio, confirmando que es parte de la práctica estatal. La CDI utiliza el término “daño apreciable” que fue adoptado por Schwebel, quien entendía significar con esto, un daño mayor que perceptible, aunque algo menor que serio o sustancial, que son las otras dos calificaciones de daño que generalmente se utilizan en este contexto. La CDI adhirió a la tesis que reclama la existencia de un perjuicio con alguna consecuencia, por ejemplo a la salud, la industria, la agricultura o el ambiente, aunque el mismo no debe ser “serio o grave”, concluyendo entonces que “apreciable” era el término que mejor se adapta¹⁰⁶¹.

II.4.c. Obligación de cooperación ambiental transfronteriza. El principio afirma que en materia de cursos de agua internacionales, los Estados deben recibir notificación previa, desarrollar consultas y negociar, cuando la propuesta de utilizar los recursos compartidos pueda causar daño serio a sus derechos o intereses. Ha recibido un amplio apoyo en la codificación internacional, en las declaraciones, en la jurisprudencia y por parte de la doctrina¹⁰⁶². En este contexto, las vías procesales son particularmente importantes como instrumento para hacer efectivo el principio del uso equitativo e impedir conflictos entre los ribereños.

Estos principios procedimentales son generalmente vistos como aplicables en casos de un daño serio o de efectos apreciablemente adversos. Entre los tratados europeos que establecen la obligación de la consulta previa, citamos a la Convención sobre la protección del Lago de Constanza de 1960 y la Convención Nórdica para la protección del ambiente¹⁰⁶³.

Otra cuestión que presenta dificultades a la hora de su instrumentación es la de resolver quién determina el momento en el cual las circunstancias requieren la notificación previa y la consulta. Según Birnie y Boyle, el principio de buena fe limita en alguna medida la razonabilidad de evaluaciones unilaterales del Estado que propone la actividad.¹⁰⁶⁴ En el arbitraje del lago Lanoux, el Tribunal afirmó:

¹⁰⁵⁹ Idem ant., art. 21, inc. 2).

¹⁰⁶⁰ Ver el informe de la CDI ante la AG ONU, 1990, Doc. ONU A/745/10.

¹⁰⁶¹ CDI, II Yearbook, 1982, p. 98, para. 141 e Informe de la CDI a la AG ONU 1988, Doc. ONU A/43/10, p. 85.

¹⁰⁶² CDI, II Yearbook, 1986, Segundo Reporte del informante McCaffrey, p. 139.

¹⁰⁶³ Convención sobre la Protección del Lago de Constanza contra la contaminación de 1960, art. 1, inc. 3) Doc. ONU ST/LEG/SER.B/12, p. 438 y The Nordic Environmental Protection Convention (and Protocol), Stockholm, de 19/02/1974 y con vigencia desde 05/10/1976, entre los gobiernos de Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia.

¹⁰⁶⁴ Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., International Law and the environment, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, p. 236.

“Un Estado que desea realizar una obra que afectará un curso de agua internacional no puede decidir si los intereses de otros estado serán afectados; el otro estado es el único juez de esto y entonces posee el derecho a ser informado de las propuestas”.¹⁰⁶⁵

La declaración de Montevideo de 1933¹⁰⁶⁶ constituye uno de los pocos instrumentos que afirman la obligación de consultar, en situaciones no previstas frente a posibles efectos adversos:

“En el caso en que, para el aprovechamiento de fuerzas hidráulicas con fines industriales o agrícolas de aguas internacionales sea necesario realizar estudios para su utilización, los Estados en cuyo territorio se hayan de realizar los estudios, si no quisieren efectuarlos directamente, facilitarán por todos los medios al otro Estado interesado, y por cuenta de éste, la realización de los mismos en su territorio”.¹⁰⁶⁷

El propósito de la notificación previa es proveer información adecuada sobre la cual luego puedan realizarse las consultas, en caso de que fueran necesarias. La obligación de notificar es ampliamente aceptada en los tratados sobre cursos hídricos tanto como en las declaraciones internacionales.

Cuando la notificación confirma la existencia de un conflicto de intereses o cuando los Estados afectados lo requieren, la consulta y la negociación se vuelven entonces indispensables. El arbitraje del Lago Lanoux las considera obligaciones derivadas del DI consuetudinario:

“Los intereses en conflicto surgidos por el uso industrial de ríos internacionales deben ser reconciliados a través de concesiones mutuas incorporadas en acuerdos comprensivos”.¹⁰⁶⁸

La falta de respuesta tanto a una notificación realizada como a una oferta de iniciar consultas puede ser interpretada como una aceptación tácita de las obras propuestas. En este punto, la CDI señala que aún cuando el Estado proponente continúe con la ejecución de sus planes, queda sin embargo sujeto a respetar las obligaciones del uso equitativo y de prevención de causar un daño serio¹⁰⁶⁹. De igual manera, el fracaso de las negociaciones jamás puede interpretarse como consentimiento tácito. La CDI interpreta que, durante el período de respuesta, consultas y negociaciones, la buena fe requiere por parte de los Estados interesados, posponer la instrumentación de los planes que se han propuesto realizar, durante un plazo razonable. Referiremos mas adelante este principio en relación al diferendo mantenido entre Argentina y Uruguay en el caso de las **Plantas de Celulosa**.

II.4.d. Obligación de intercambiar información. El intercambio regular de datos e información sobre el estado del recurso hídrico así como del impacto de los usos presentes y futuros, se entienden parte de la obligación general de cooperación. Las Normas de Helsinki de la ILA

¹⁰⁶⁵) Lac Lanoux arbitration, ILR 24, 1957, p. 101.

¹⁰⁶⁶) Declaración de Montevideo de 1933 sobre el uso industrial y agrícola de los ríos internacionales, Resolución LXXII de la séptima conferencia internacional americana Ver American Journal of International Law 28, 1934.

¹⁰⁶⁷) Idem ant., para. 1.

¹⁰⁶⁸) Lac Lanoux arbitration, ILR 24, 1957, p. 119.

¹⁰⁶⁹) CDI, Reporte a la AG ONU, 1988, y Proyecto de 1991, proyecto de art. 16.

reconocen la necesidad, en tanto que la Convención de Naciones Unidas sobre Cursos de Agua Internacionales lo exige.¹⁰⁷⁰

La obligación estatal de notificar y cooperar en casos de emergencia a fin de prevenir daños a otros Estados es de aplicación respecto de los cursos de agua. En este sentido, la mayor parte de los tratados se refieren a desastres naturales como inundaciones, pero otros, como el Convenio sobre la protección del Rin contra la contaminación química (1976) requiere la notificación a los demás Estados y a las organizaciones internacionales relevantes en la temática, en casos de descargas accidentales de tóxicos o sustancias altamente contaminantes que pudieran afectar a otros Estados.

El alcance de la Convención ONU sobre los Cursos de Agua es amplio. Define los parámetros legales del régimen de los cursos de agua, incluidos los límites geográficos e hidrológicos; los tipos de usos y actividades del agua; las medidas sustantivas que guían dicho uso del agua; y los Estados partes a los que se aplica esta convención marco. La Convención no refiere usos específicos, sino que abarca todos los usos que pueden tener un impacto en la protección, preservación y gestión de los cursos de agua internacionales. Por lo tanto, la regulación de la navegación no está cubierta en su totalidad (como está implícito en el título de la Convención), sino que es regulada en la medida que afecta a los tipos generales de uso descritos anteriormente.

En general, regula a los componentes de los sistemas de agua dulce que pueden caer bajo el alcance de la Convención, cuando se conectan entre sí como parte de un curso de agua internacional. Aquí se incluyen ríos; lagos; acuíferos; glaciares, embalses y canales. Igualmente se aplica a las actividades terrestres desarrolladas dentro de la cuenca fluvial, en la medida en que las mismas puedan ser relevantes para el uso, protección y gestión de un curso de agua internacional¹⁰⁷¹. La Convención extiende la obligación del Estado ribereño mas allá de la mera notificación de la contaminación en casos de emergencia, requiriéndole tomar una acción preventiva a fin de mitigar o neutralizar el peligro para los recursos hídricos de otros Estados¹⁰⁷².

II.4.e. Derecho del mar y contaminación marina. Como vimos, el alta mar es la región del planeta utilizada a fin de explotar los recursos vivos marinos, extraer su riqueza mineral, e incluso como área de disposición final de residuos de la industria, sólidos urbanos y hasta residuos de conflictos armados.

¹⁰⁷⁰) ILA Normas de Helsinki 1966, art. 29, inc. 1); Convención ONU sobre Cursos de Agua Internacionales, adoptada por la AG ONU en 1997.

¹⁰⁷¹) Ver Rieu-Clarke, A., Moynihan, R. and Magsig, B., UN Watercourses Convention – User’s Guide (CWLPS 2012), at 66-74 Tanzi, A., and Arcari, M. The United Nations Convention on the Law of International Watercourses: A Framework for Sharing (Kluwer Law International 2001) en 51-53.

¹⁰⁷²) Reporte de la CDI a la AG, 1990, Doc. ONU A/45/10, 175 y Proyecto de Artículos de 1991, arts. 25, inc. 3) y 4).

El surgimiento de problemas ambientales de importancia tal que forzaran la aprobación de una convención protectoria nos lleva a 1926, año en el que se elabora un proyecto de convención en Washington sobre la contaminación de buques, que no llegó a abrirse a la ratificación de los Estados. Por otra parte, la competencia internacional por los recursos vivos generó los primeros tratados multilaterales de protección de especies durante la primera parte del siglo XX: focas (1911); pesquerías (1923 y 1930); y ballenas (Ginebra 1931 y 1946).

El desastre del **Torrey Canyon** (1967) puso en la escena internacional el impacto de la contaminación de los ambientes marinos en las pesquerías y en las poblaciones humanas. Siendo este incidente contaminante el más conocido, no fue sin embargo el único. El descubrimiento relativo a que ciertas emisiones de mercurio que partían de una industria en Minamata (Japón 1956), había contaminado a los peces y puesto en peligro la vida y salud de las comunidades costeras, demostró que el problema no se limitaba a las operaciones de buques, sino que requerían un control comprensivo de todas las fuentes de contaminación posibles. Desde ese momento hasta el presente, el control, reducción y eliminación de la contaminación marina -sin importar la fuente de donde provenga-, constituye una cuestión prioritaria del derecho del mar.

La Conferencia de Estocolmo 1972 llamó a los Estados a aceptar e implementar los instrumentos legales existentes a fin de controlar la contaminación marina y asegurar que los buques bajo su bandera o que navegaran su jurisdicción marítima, cumplieran con las regulaciones existentes. De igual manera alentó la creación de normas sobre vertimiento y contaminación proveniente de buques, lo que originó la adopción de las Convenciones de Londres y Oslo sobre Vertimiento (1972) y la Convención MARPOL (1973). La Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Jamaica 1982) estaba llamada a ser una codificación de todos los aspectos del derecho del mar, siendo su objeto prioritario la protección del ambiente marino. Éste es considerado como un sistema para el desarrollo sostenible y un modelo de la evolución del DIA, en palabras del Secretario General de la ONU¹⁰⁷³.

La regulación ambiental provista por CNUDM puede entenderse como la culminación de un proceso de desarrollo del DI cuyo efecto fue consolidar una serie de cambios fundamentales en el derecho internacional del mar, conforme lo afirman Birnie y Boyle¹⁰⁷⁴. Dentro de estos cambios, destacan la idea que la contaminación no pueda ser más considerada una libertad implícita del derecho del mar; por el contrario, constituye una obligación de los Estados, el desempeñar un

¹⁰⁷³) Doc. ONU A/44/461, 1989, Reporte del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Protección y Preservación del ambiente marino.

¹⁰⁷⁴) Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., *International Law and the environment*, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, p. 253.

control diligente de todas las fuentes de contaminación.

Un segundo cambio importante es el ocurrido en la relación de poder entre Estados navegantes, cuyos intereses principales se centraron históricamente en la libertad de navegación y pesca, y los Estados navegados o ribereños, preocupados por la regulación efectiva y el control.

Un tercer aporte de la CNUDM, consiste en dejar la responsabilidad por daño ambiental a una posterior regulación internacional, enfatizando el deber de cooperación estatal respecto de la protección del ambiente marino. Antes, era sólo un deber del Estado ribereño.

La protección del ambiente marino no constituyó un objeto importante de la Convención sobre derecho del mar de 1958. Sólo los arts. 24 y 25 de la convención sobre Alta Mar requerían estándares de prevención de la contaminación petrolera causada por buques, tuberías y operaciones en el lecho marino, como también la contaminación por sustancias radiactivas, pero no contuvieron una visión comprensiva de la obligación de proteger el ambiente marino ni de prevenir la contaminación marina.

Es recién con la CNUDM cuando surgen obligaciones reales de protección del ambiente marino, expresadas en los arts. 192 a 195 de la Convención, además de las ya referidas Convención de Londres sobre Vertimiento de desechos (1972), su Protocolo (1996) y la convención MARPOL (1973), junto a normativas regionales que obligan a los Estados a controlar la fuentes terrestres de contaminación marina, vertimiento y operaciones en el lecho marino.

La protección brindada por la CNUDM se extiende no sólo a los Estados y su medio ambiente marino sino al ambiente marino como un todo, incluyendo aquellos lugares no sometidos a jurisdicción estatal alguna, esto es, el alta mar. Esta interpretación excede la tradicional regla consuetudinaria expresada en el caso de la **Fundición Trail**, haciéndose eco del principio 21 de la Declaración de Estocolmo.

Por otra parte, la CNUDM supera la protección mínima establecida por las convenciones de Ginebra precedentes, al formular la obligación ambiental de protección de forma genérica y respecto de todas las fuentes de contaminación marina. En consecuencia, se aplica a los buques, a fuentes de contaminación terrestres, a las operaciones en el lecho marino, a los vertimientos, y a la contaminación atmosférica, proveyendo el marco para que luego se negociara una serie de tratados en distintos niveles relativos a las cuestiones mencionadas.

Existe además de lo expresado, una protección normativa del ambiente marino de carácter regional. El Mar del Norte y el Atlántico Norte constituyen áreas protegidas por más de un tratado, cubriendo cuestiones específicas. Como consecuencia, existe entre las normas creadas una considerable

superposición de jurisdicciones y con esto, la necesidad de coordinar las acciones emprendidas entre las diversas autoridades de aplicación. El Programa de Mares Regionales del PNUMA iniciado en 1974 abarca diez áreas donde se ejecutan planes de acción regional. Las zonas cubren por ejemplo, el golfo Arábigo, la región occidental y central de África, el Caribe, la región del Sudeste Asiático, entre otras.

II.4.f. Contaminación provocada por buques. Este tipo de contaminación puede ser (i) operacional o (ii) accidental. La contaminación operacional deriva de la manera en que los buques trabajan. Por ejemplo, antes de ser regulados, los buques petroleros lavaban sus tanques y vertían sus residuos petroleros en el mar. La contaminación accidental proviene de catástrofes marítimas. Los hundimientos de grandes buques petroleros como el referido Torrey Canyon, el Amoco Cádiz o el Exxon Valdez son ejemplos del enorme perjuicio que pueden causar a un ecosistema, grandes buques-tanques que transportan petróleo cuando por circunstancias fortuitas, vierten su contenido en el lugar del accidente, perjudicando a las comunidades costeras, las pesquerías, la vida silvestre y el hábitat local.

La fuente primaria de regulación de los buques es el propio Estado del pabellón. Conforme el DI consuetudinario, sólo el Estado del pabellón posee el derecho de aplicar la regulación específica respecto de los buques registrados en su jurisdicción cuando éstos se encuentran en alta mar. En el caso *Lotus*¹⁰⁷⁵, la CPJI afirmó el principio que ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre buques extranjeros en alta mar, significando con esto que no pueden detener ni arrestar buques, salvo que éstos entren voluntariamente en un puerto. Esta es la solución adoptada por la CNUDM, que en su art. 218(1) afirma:

“Cuando un buque se encuentre voluntariamente en un puerto o en una instalación terminal costa afuera de un Estado, ese Estado podrá realizar investigaciones y, si las pruebas lo justifican, iniciar procedimientos respecto de cualquier descarga procedente de ese buque, realizada fuera de las aguas interiores, el mar territorial o la zona económica exclusiva de dicho Estado, en violación de las reglas y estándares internacionales aplicables establecidos por conducto de la organización internacional competente o de un conferencia diplomática general”.

Aun en caso que el buque se encuentre dentro de las aguas jurisdiccionales de otros Estados, el Estado del pabellón no pierde su jurisdicción: sin importar el lugar donde se encuentre operando, el buque debe cumplir con las leyes de su bandera.

En este sentido, el DI consuetudinario brinda al Estado del pabellón amplias posibilidades a fin de

¹⁰⁷⁵) CPJI, Series A, No. 10, 1927, p. 169.

regular la contaminación marina producida por cualquier artefacto marino y cualquier otra operatoria de buques que puedan poner en riesgo al ambiente. En general los tratados y otras normas específicas han ido siendo aplicadas a través de la Organización Marítima Internacional que se constituye en la autoridad de aplicación de la CNUDM. Su propósito es promover estándares comunes entre los Estados de bandera y los Estados costeros en relación con la seguridad de la navegación y la protección del ambiente.

La Convención de Londres para la prevención de la contaminación del mar por petróleo (1954) constituyó el primer intento exitoso de regular la contaminación petrolera derivada de buques-tanque. Fue posteriormente enmendada y luego reemplazada por la Convención MARPOL, adoptada en 1973, revisada en 1978 y 1997 y complementada con más de 20 enmiendas entre 1984 y 2006, a fin de facilitar su vigencia efectiva¹⁰⁷⁶. Comprende las reglas internacionales generalmente aceptadas tal como lo prescribe el art. 211 primera parte de la CNUDM:

“Los Estados, actuando por conducto de la organización internacional competente o de una conferencia diplomática general, establecerán reglas y estándares de carácter internacional para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques (...)”.

Estas reglas se han convertido en un estándar mínimo impuesto por el DIA a los Estados de bandera a fin que éstos cumplan con su obligación de control diligente en la prevención de la contaminación marina. Birnie y Boyle opinan que la convención MARPOL constituye hoy la codificación del DI consuetudinario¹⁰⁷⁷.

El DI impone ciertas obligaciones de cooperación a los Estados respecto de incidentes de contaminación y emergencias en el mar. Tanto el DI consuetudinario como la CNUDM (art. 198) indican que una vez que están sobre aviso respecto de una contaminación inminente o actual del ambiente marino, los Estados deben notificar sin dilación a otros Estados que puedan ser afectados. Este requisito se reitera en los demás acuerdos regionales marítimos, que imponen además la obligación de cooperar conforme las posibilidades existentes a fin de eliminar los efectos de la contaminación, prevenir o minimizar el daño y en el desarrollo de planes de contingencia.

Luego del accidente del Exxon Valdez¹⁰⁷⁸ (1989), por iniciativa de la OMI se sanciona el Convenio

¹⁰⁷⁶) Contiene 6 anexos: Anexo I.- Reglas para prevenir la contaminación por Hidrocarburos. Anexo II.- Reglas para prevenir la contaminación por Sustancias Nocivas Líquidas Transportadas a Granel. Anexo III.- Reglas para prevenir la contaminación por Sustancias Perjudiciales Transportadas por Mar en Bultos. Se trata de un anexo opcional ya que el transporte de mercancías peligrosas está reglado por el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas. Anexo IV.- Reglas para prevenir la contaminación por las Aguas Sucias de los Buques. Anexo V.- Reglas para prevenir la contaminación por las Basuras de los Buques. Anexo VI.- Reglas para prevenir la contaminación Atmosférica ocasionada por los Buques. Este anexo entró en vigor el 19 de mayo de 2005.

¹⁰⁷⁷) Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., International Law and the environment, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, p. 267.

¹⁰⁷⁸) El desastre del Exxon Valdez fue un derrame de petróleo provocado por el petrolero Exxon Valdez tras encallar el

internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos (Convenio de cooperación 1990/1995), que en su art. 7(1) dice:

“Las Partes acuerdan que, en la medida de sus posibilidades y a reserva de los recursos pertinentes de que dispongan, cooperarán y facilitarán servicios de asesoramiento, apoyo técnico y equipo para hacer frente a un suceso de contaminación por hidrocarburos, cuando la gravedad de dicho suceso lo justifique, a petición de la Parte afectada o que pueda verse afectada (...).”

Los Estados del pabellón por sí solos no pueden hacer frente de manera efectiva a los accidentes que ocurran donde sus buques de bandera se encuentren. La Convención citada otorga a los Estados costeros el derecho de intervenir en alta mar en casos de emergencias marinas que involucren a buques extranjeros que puedan causar daños contaminantes, a fin de prevenir la contaminación de su ZEE y costas, y en ejercicio del derecho de intervención fundado en el estado de necesidad o conforme afirman algunos autores, el derecho de autodefensa¹⁰⁷⁹.

II.4.g. Responsabilidad estatal por daños derivados de la contaminación marina. Dice el art. 235(1) de la CNUDM:

“Los Estados son responsables del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino. Serán responsables de conformidad con el derecho internacional”.

Esta responsabilidad se extiende conforme explican Birnie y Boyle, a los Estados del pabellón respecto de las embarcaciones marinas, y a los Estados costeros respecto de las actividades que permitan dentro de su jurisdicción o control¹⁰⁸⁰. Es de aplicación aquí el principio “contaminador -pagador” analizado precedentemente, a fin de asegurar que los costos de enfrentar los daños sean asumidos por quienes los provocaron. La OECD ha recomendado que este principio sea tenido en cuenta al momento de calcular los costos de las medidas tomadas a fin de prevenir y controlar los derrames de petróleo en el mar, y que la responsabilidad por los costos de las acciones tendientes a remediar el daño sean imputados al contaminador.

En concreto, el efecto de esta política es que la responsabilidad no se limita a compensar los daños directos, sino que debe incluir parte del capital de funcionamiento (capital outlay) y los costos del

24/03/1989, con una carga de 41 millones de litros de crudo, en Prince William Sound, Alaska, vertiendo 37.000 toneladas de hidrocarburo. Alaska vivió la peor tragedia ecológica de su historia, al encallar el petrolero y verter millones de litros de crudo que se expandieron sobre más de 2.000 kilómetros de costa. Para la limpieza de la marea negra se utilizaron aspiradores, mangueras de agua caliente a presión, se trasladó el crudo que aún contenía el Exxon Valdez a otro petrolero. Los daños a la fauna que se produjeron en esta zona aún se siguen estudiando. El vertido condujo a la aprobación de una nueva legislación medioambiental internacional y en los Estados Unidos (Oil Pollution Act 1990).

¹⁰⁷⁹) Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., *International Law and the environment*, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, p. 286, nota a pie 116.

¹⁰⁸⁰) Los autores citan a Smith, *State Responsibility and the Marine Environment*, Oxford, 1988, capítulos 10 a 12.

monitoreo de la contaminación por petróleo, así como la de restaurar el ambiente tanto como sea posible en comparación con la situación previa al daño. Estos costos pueden ser distribuidos de distintas maneras como por ejemplo, multas, cargas y contribuciones, tasas, o acciones civiles de daños y perjuicios. Al respecto, la Convención sobre responsabilidad civil por daños derivados de la contaminación petrolera (1969) junto con la Convención sobre el establecimiento de un fondo de compensación para el daño derivado de la contaminación petrolera (1971) constituyen un acercamiento hacia un régimen internacional de responsabilidad civil de quienes con sus conductas provocan este tipo especial de daños ambientales.

III. Antártida y medio ambiente

El Tratado Antártico¹⁰⁸¹ es la piedra basal del Sistema Antártico que constituye el régimen normativo internacional de aplicación en el continente. El llamado Sistema del Tratado Antártico se halla integrado por el Tratado originario y su derecho derivado.

Las Partes Contratantes, a través de las Reuniones Consultivas que periódica e ininterrumpidamente celebran, han demostrado su interés por la preservación de la naturaleza antártica, principio guía e inspirador del tratado madre, vigente desde 1961. Es por esto que las demás Convenciones a las cuales el Tratado Antártico (TA en más) sirve de base, están relacionadas de una u otra forma con la preservación del medio ambiente antártico, tanto terrestre como marino.

Los Estados que forman parte del sistema son 54, de los cuales 29 son Partes Consultivas y 25 tienen la calidad de Adherentes¹⁰⁸². Siete países han formulado en su momento reclamaciones territoriales: Argentina, Australia, Chile, Francia, UK, Noruega y Nueva Zelandia, mientras que el 15% del continente no ha sido reclamado, ni podrá serlo en el futuro. Estados Unidos y Rusia han hecho reserva de sus derechos en los territorios antárticos sobre la base de descubrimientos y exploraciones hechas por científicos nacionales. Japón por su parte, en virtud del Tratado de Paz firmado en San Francisco¹⁰⁸³ renunció a cualquier derecho, título o interés sobre la Antártida.

La entrada en vigor del TA originó la primera zona desnuclearizada y desmilitarizada de la historia contemporánea, creándose una suerte de internacionalización parcial del territorio, en base a diversos institutos que confluyen en la región, tales como el régimen de inspecciones¹⁰⁸⁴, y la libertad de investigación científica, acceso y sobrevuelo, todo lo cual es contrario a la idea de soberanía. Los Estados parte se encuentran periódicamente en las llamadas reuniones consultivas,

¹⁰⁸¹) El Tratado Antártico -norma madre de la regulación antártica- fue firmado en Diciembre 1 de 1959 por 12 Estados, y se halla vigente desde el 23 de junio de 1961.

¹⁰⁸²) Datos de septiembre 2019 <https://www.ats.aq/s/ats.htm> . La diferencia esencial de derechos entre partes Consultivas y Adherentes consiste en la posibilidad de tomar decisiones efectivas en las Reuniones Consultivas, la cual es vedada a los simples adherentes.

¹⁰⁸³) Tratado del 8/09/1951.

¹⁰⁸⁴) Por el mismo cualquier estado firmante del Tratado puede realizar inspecciones a las instalaciones de otra parte. Art. 7 del Tratado Antártico.

donde participan dos categorías de Estados: (i) los consultivos, con derecho a voto y (ii) los adherentes, con voz pero sin poder decisorio. Las reuniones poseen una periodicidad anual. Desde la XII Reunión Consultiva, los Estados consultivos invitan a las Partes Adherentes a asistir en calidad de observadores.

III.1. Antártida, soberanía y recursos

El TA no soluciona la cuestión de la soberanía territorial, consagrando el *statu-quo* vigente al momento de su celebración y posterior vigencia (1959/61). Tampoco soluciona problemas jurisdiccionales, incluidos los relacionados con la exploración y explotación comercial de los recursos antárticos. Otras cuestiones como las aguas territoriales, la plataforma continental, o la jurisdicción en las zonas marítimas adyacentes al continente antártico, tampoco hallan respuesta en su articulado. Al respecto, podemos aclarar que los Estados reclamantes de soberanía, mantienen su postura de considerar a todos los espacios anteriormente mencionados como "alta mar". En realidad, la fortaleza con que el concepto de soberanía estatal existía en 1960, llevó a que la letra del TA, nada previera en relación a delegaciones de facultades soberanas. De todas formas, fue un gran paso dado en la esfera de la cooperación internacional, ya que sacó la cuestión antártica de la órbita del conflicto, para llevarla a la esfera de la cooperación. El art. VI plantea el problema de saber si las formaciones de hielo de la Antártida, tales como barreras de hielo y la banquisa de hielo, deben incluirse bajo el régimen relativo a la tierra o el relativo al agua. La naturaleza jurídica no es clara y la solución, por ende, difícil.

Tratamos a continuación, las Convenciones y Recomendaciones que consideramos relevantes, todas las cuales integran el llamado Sistema del Tratado Antártico, en carácter de derecho derivado.

III.1.a. Medidas acordadas para la conservación de la Flora y la Fauna. En 1964 en la III Reunión Consultiva celebrada en Bruselas, los Estados parte declaran:

- (i) el carácter único de la flora y fauna antártica;
- (ii) su falta de defensa e interdependencia con el medio;
- (iii) la obligación de los Gobiernos de impedir que se compre, venda, mate o hiera, capture o moleste injustificadamente a las especies (mamíferos y aves), y el deber de reglamentar las autorizaciones;
- (iv) el establecimiento de "zonas especialmente protegidas", como por ejemplo las Islas Roockery, cabo Hallet, Islas Linch y Litchfield, ya que son ejemplos de sistemas ecológicos importantes de tierra y agua dulce, poseen conjuntos de especies singulares, o bien constituyen el único hábitat

conocido de alguna planta o invertebrado.

III.1.b. Convención para la Conservación de las Focas Antárticas. Adoptada en 1972 por las Partes Consultivas en Londres, entrando en vigencia en 1978. Prevé tres especies protegidas de caza (el elefante marino austral; el leopardo marino; y la foca de Weddell), y otras tres con límites de captura: la foca cangrejera -especie que constituye el 90 % de la biomasa de focas de la Antártida¹⁰⁸⁵; la foca de Ross; los lobos marinos antárticos y subantárticos de dos pelos. De estas seis especies, la segunda, tercera y cuarta son susceptibles de captura, las demás se encuentran totalmente protegidas por la Convención.

III.1.c. Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos. En 1980 se concluye en Canberra, Australia. En 1982 entra en vigencia. Es una respuesta al desarrollo de la pesca comercial como actividad importante en la Antártida, tendiendo a que los recursos marinos sean racionalmente administrados y explotados. Fija la cantidad de especies que puede ser atrapada y designa regiones y subregiones, especies protegidas y las temporadas de captura y veda, conforme a regímenes considerados racionales en base a la intención de permitir la explotación sin depredación del recurso.

III.1.d. Convención sobre la exploración y explotación de los recursos minerales. Celebrada en 1988 en Wellington, Nueva Zelandia, jamás entró en vigencia, siendo finalmente reemplazada por el Protocolo de Madrid de 1991. En noviembre de 1988 se abrió a la firma, requiriendo para entrar en vigor, de la ratificación de los siete estados reclamantes de soberanía. La negativa de Francia y Australia determinó su fracaso. Estos Estados no solo manifestaron su abierta disconformidad con lo acordado, sino que fueron más allá, presentando una iniciativa completamente diferente: la conversión de la Antártida en una Reserva Natural Internacional.

La Convención sobre Minerales de Wellington, establecía el funcionamiento de una Comisión que estaría integrada por las Partes Consultivas que decidiría las áreas donde se podrían realizar actividades de exploración y explotación de minerales llamadas "áreas identificadas". Dentro de cada una funcionaría un Comité regulador compuesto generalmente por diez países¹⁰⁸⁶. Su función sería decidir las autorizaciones para la exploración y explotación dentro de cada área. Toda decisión

¹⁰⁸⁵) De esta especie, que es la más abundante de todas, existen actualmente unos 15 millones de ejemplares.

¹⁰⁸⁶) Se componía de 4 reclamantes, 2 con fundamentos para reclamar y otros 4 de los cuales 3 debían ser países en desarrollo.

relativa a los recursos minerales antárticos, se subordinaría a una información previa y adecuada, como así también a una evaluación de los impactos que pudieran producirse sobre el medio ambiente antártico, ecosistemas dependientes y asociados, y sobre los sistemas globales o regionales, tanto climáticos como meteorológicos. La Convención hace referencia a la reglamentación de las actividades sobre recursos minerales, en sus tres etapas: prospección, exploración y explotación, estableciendo normas específicas sobre prevención ambiental y responsabilidad del operador.

Hemos comentado las líneas generales de este acuerdo internacional de 1988, aún cuando nunca cobrará vigencia, porque lo consideramos como una importante pieza de discusión, una vez expirada la moratoria legal de 50 años establecida por el Protocolo de Madrid para la realización de actividades referidas a los recursos minerales antárticos, lo cual ocurrirá en 2041. Tal vez en aquel momento, renazcan las posiciones favorables a la exploración y explotación a partir de la nueva tecnología existente. Varios de los Estados conservacionistas en 1991, adoptaron esa posición, mas basados en su carencia de recursos y tecnología para iniciar las actividades que por convicción ambiental.

III.1.e. Protocolo de Madrid sobre Protección del Medio Ambiente Antártico. Firmado en 1991 en Madrid, España¹⁰⁸⁷. Sus puntos salientes consisten en el establecimiento de una moratoria de derecho por un término de 50 años, en lo referente a cualquier actividad dirigida a la exploración y explotación de los recursos minerales, con excepción de las científicas¹⁰⁸⁸. Por otra parte, se consagra al continente como reserva natural dedicada a la paz y a la ciencia¹⁰⁸⁹. Receta además, los principios ecológicos desarrollados por el DIA: (i) evaluación previa del impacto ambiental, tanto inicial como global¹⁰⁹⁰; (ii) contaminador-pagador; y (iii) el nivel adecuado de actuación.

La cooperación como principio fundante en la planificación y realización de actividades está contemplada en el art. VI, además de obligarse las partes a compartir información con el fin de proteger el medio ambiente antártico y sus ecosistemas dependientes y asociados. Su art. VII prohíbe cualquier actividad relacionada con los recursos minerales, con excepción de la científica. Esto se complementa con el art. XXV, que establece la posibilidad de revisar la aplicación del Protocolo transcurridos 50 años desde su vigencia.

¹⁰⁸⁷) En fecha octubre 4 de 1991.

¹⁰⁸⁸) Art. 25, inc.2 y 7 del Protocolo sobre Protección del Medio Ambiente Antártico.

¹⁰⁸⁹) Art 2 del Protocolo mencionado.

¹⁰⁹⁰) Art. 3, inc. 2.c y Anexo I del Protocolo.

Argentina está convencida que una revisión global o el reemplazo del sistema de internacionalización parcial del Tratado, puede destruirlo. La Antártida se diferencia de otras regiones con las cuales se la ha pretendido comparar, tales como los Fondos Marinos o el espacio Ultraterrestre. La Antártida ejerce una influencia decisiva sobre la circulación oceánica y atmosférica y en consecuencia sobre el clima mundial, particularmente sobre el hemisferio austral. La mayor parte de la energía solar recibida en la Antártida es reflejada por su capa de hielo y nieve en un proceso facilitado por la atmósfera diáfana e incontaminada. La capa de hielo antártica estabiliza el clima y es el factor principal de control de los niveles marinos mundiales¹⁰⁹¹. La mitad de las aguas profundas de los océanos se forma alrededor de la Antártida. En el año 1964 tienen lugar las medidas concertadas para la conservación de la Flora y Fauna Antárticas. El objetivo primordial argentino es lograr un régimen que proteja el medio ambiente antártico y sus ecosistemas dependientes o asociados. La Argentina adoptó como legislación interna todas las recomendaciones emanadas de las Reuniones Consultivas celebradas.

III.1.f. Reuniones Consultivas. En cada una de las reuniones de las Partes Consultivas, se toman decisiones que no son automáticamente vinculantes, sino que deben ser aprobadas luego por cada parte. En general los temas debatidos se relacionan con los usos de la Antártida, especialmente la utilización pacífica del territorio, considerándolo como zona libre de armas nucleares. En segundo lugar, con la protección y conservación de la naturaleza y recursos vivos. En tercer lugar, destacan las facilidades para la investigación y cooperación científica. Un claro ejemplo de esto lo constituye la participación de las Partes Consultivas en el Programa de Vigilancia Meteorológica Mundial. En cuarto lugar, mencionamos el intercambio de información. A modo de ejemplo, existe actualmente un formulario uniforme, que es utilizado por todas las Partes que realizan ejercicios en la zona.

IV. Residuos peligrosos

Dentro de esta temática incluimos a las fuentes de contaminación basadas en el territorio terrestre, los vertimientos en el mar, y el transporte de residuos peligrosos para su disposición final transfronteriza. Cada una constituye un ciclo de contaminación por lo cual debieran ser tratadas en forma coordinada. Si así no ocurriera, el daño ambiental se iría trasladando desde el lugar de mayor regulación y control hacia el medio más permisivo. La mayor fuente de contaminación y degradación marina proviene del territorio terrestre y de vertimientos que se realizan al mar. Las

¹⁰⁹¹) En razón de su elevado ALBEDO o reflectibilidad, solo es absorbida una pequeña parte de la energía solar radiante que cae sobre la Antártida.

descargas, desperdicios industriales y del agro son los tipos mas frecuentes de contaminantes que entran al mar desde la tierra, generalmente a través de ríos. Algunas de estas sustancias son tóxicas para la vida marina y humana o pueden difundir enfermedades. Otras contribuyen a la eutrofización -aumento anormal de nutrientes- y la disminución de oxígeno de los cuales resultan la pérdida de vida marina.

La política sobre la que descansa cierta normativa internacional como la Convención sobre Vertimiento de Londres o la Convención de Basilea sobre control de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos (1989)¹⁰⁹², combina una fuerte preferencia por la eliminación o disposición en la fuente de residuos tóxicos, persistentes o bio- acumulativos, con un régimen de regulación, monitoreo, evaluación previa del impacto ambiental, o consentimiento previo a fin de minimizar los riesgos de la disposición y así proteger a otros Estados y al ambiente en los espacios comunes. Basilea específicamente regula el movimiento transfronterizo de desechos peligrosos y su eliminación, definiendo obligaciones de las Partes para asegurar el manejo ambientalmente racional y particularmente la disposición final, aplicando el procedimiento del “consentimiento fundamentado previo”. Si los envíos se efectúan sin consentimiento son considerados ilícitos, salvo que exista un acuerdo especial. Las principales obligaciones asumidas por los Estados consisten en:

- (i) no exportar (o importar) desechos peligrosos u otros desechos a (o desde) un Estado no signatario;
- (ii) no exportar desechos sin el consentimiento previo por escrito del Estado de importación;
- (iii) proporcionar información concerniente a los movimientos internacionales propuestos, a los Estados interesados por medio de un formulario de notificación que permite así evaluar los efectos de los desechos sobre la salud de las personas y el medioambiente;
- (iv) permitir los movimientos internacionales de desechos únicamente si no existe peligro respecto del movimiento y eliminación;
- (v) embalar, etiquetar y transportar los desechos que se vayan a mover en consonancia con las normas internacionales, y asegurarse que vayan acompañados de un documento sobre el movimiento desde el inicio hasta el lugar de eliminación.

Los arts. 204, 205 y 206 de la CNUDM codifican las previsiones sobre el monitoreo y la evaluación previa del impacto ambiental respecto de las fuentes terrestres de contaminación y vertimientos

¹⁰⁹²) El Convenio de Basilea es un Acuerdo Multilateral sobre Medio Ambiente (AMUMA) por medio del cual 170 países dentro del sistema ONU convinieron proteger el medio ambiente y la salud humana de los efectos nocivos provocados por la generación, manejo, movimientos transfronterizos y eliminación de desechos peligrosos. Este instrumento ambiental global fue adoptado el 22/03/1989. Argentina lo incorpora a través de la ley 23922 de 21/03/1991.

marinos, a la vez que se enfatiza el rol de la OMI y organizaciones regionales en carácter de mediadores. Aún cuando la disposición final de residuos peligrosos en el mar contribuyera a cerca del 80% de la contaminación marina, hasta la década de 1970 fue objeto de muy pocas restricciones impuestas por el DI. A partir de esta década se reconoce la obligación general de proteger el ambiente marino a la vez que se afirma la necesidad de un control diligente de las fuentes terrestres de contaminación marina en los arts. 194, 207 y 213 de la CNUDM que constituyen reglas de DI consuetudinario¹⁰⁹³.

la CNUDM establece sólo un marco general para la posterior regulación de las fuentes terrestres de contaminación marina. El art. 207 requiere de los Estados que tomen medidas, incluyendo el dictado de normativa doméstica a fin de prevenir, reducir y controlar la contaminación proveniente de fuentes terrestres. La definición de fuentes terrestres incluye ríos, estuarios, tuberías y estructuras de desagüe. A contrario de lo que se prevé para la contaminación de buques, vertimientos o instalaciones submarinas, este art. 207 no requiere de los Estados que adhieran a estándares internacionales mínimos. Los arts. 122 y 123 de la CNUDM se ocupan de mares cerrados y semicerrados y reafirman la obligación de cooperación, brindando a los Estados amplia discreción respecto de las acciones a tomar. El art. 193 refiere el derecho soberano de los Estados de explotar sus propios recursos naturales conforme sus políticas ambientales, y respetando su obligación de protección del ambiente marino. El art. 194(1) modera esta obligación:

“Los Estados tomarán, individual o conjuntamente según proceda, todas las medidas compatibles con esta Convención que sean necesarias para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente, utilizando a estos efectos los medios más viables de que dispongan y en la medida de sus posibilidades, y se esforzarán por armonizar sus políticas al respecto”.

Con lo cual se aceptan niveles distintos de acción, en función de las posibilidades materiales del Estado en cuestión. Finalmente el art. 207(4) permite a los Estados tomar en cuenta las “características propias de cada región, la capacidad económica de los Estados en desarrollo y su necesidad de desarrollo económico”. Esto es el reconocimiento de las responsabilidades diferenciadas.

IV.1. Vertimientos

El vertimiento de residuos peligrosos al mar se encuentra sometido al mismo régimen que el DI consuetudinario prevé para la descarga de contaminantes desde el territorio terrestre, entre lo que destaca el deber de prevenir daños a otros Estados o al ambiente marino en general. La Conferencia

¹⁰⁹³) Ver Birnie y Boyle, organizaciones políticas. cit. p. 305, nota a pie 14) y la sistematización de normas internacionales que avalan el concepto de considerar a los artículos citados como normas consuetudinarias.

de Estocolmo de 1972 llamó a establecer un régimen internacional para la regulación de los vertimientos¹⁰⁹⁴, y la Convención de Vertimientos de Londres fue firmada ese año. Luego fue complementada por distintos tratados regionales, llegando todos estos precedentes a constituirse en las bases de los arts. 210 y 216 de la CNUDM que los codifica, obligando a los Estados a regular y controlar la contaminación del ambiente marino causada por vertimientos al mar, a la vez que provee un marco legal que difiere del establecido para las fuentes terrestres de contaminación.

Los vertimientos no se encuentran prohibidos ni por la Convención de Londres ni por la CNUDM. El objetivo en ambas consiste en su control. El vertido de ciertas sustancias particulares, como por ejemplo los residuos de alto nivel radiactivo, en principio se prohíbe sólo en caso que exista peligrosidad en cuanto a sus niveles de toxicidad, persistencia, bioacumulación, y haya riesgo de una exposición significativa y generalizada¹⁰⁹⁵.

El vertimiento de desechos al mar permite, en la consideración de Birnie y Boyle¹⁰⁹⁶, a un pequeño grupo de Estados industrializados actuar en su propio beneficio, trasladando riesgos al resto de los Estados y eventualmente a las futuras generaciones. El énfasis en la prevención se ha acentuado y ya no rige el principio de la permisión con excepciones, sino el principio precautorio que ha sido afirmado en numerosos documentos internacionales¹⁰⁹⁷. Tanto Londres como la CNUDM definen al vertimiento como:

“(i) La evacuación deliberada de desechos u otras materias desde buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar”

*(ii) El hundimiento deliberado de buques, aeronaves, plataformas u otras construcciones en el mar”*¹⁰⁹⁸

Conforme esto, las descargas que ocurren durante la normal operación de los buques o plataformas no constituyen vertimiento. Aún cuando no se manifieste de manera expresa en la definición comentada, la incineración de residuos en el mar ha sido tratada como vertimiento, y se encuentra regulada por la Convención de Londres.

Uno de los problemas más graves que presenta la energía nuclear es la disposición final de sus residuos. La primera respuesta ensayada por Estados con potencia nuclear como el Reino Unido, Estados Unidos y Japón, ha sido disponer de sus residuos radiactivos en el mar. Debido a la presión internacional, en 1983 se aprueba una moratoria en la convención de Londres sobre vertimiento, respecto de la posibilidad de disponer los residuos radiactivos en el mar, hasta tanto se desarrollaran

¹⁰⁹⁴) Plan de Acción para el ambiente Humano, Recomendación 86(c).

¹⁰⁹⁵) Convención de Londres, Anexo I.

¹⁰⁹⁶) Birnie Patricia W. y Boyle Alan E., International Law and the environment, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995, ps. 321-2.

¹⁰⁹⁷) Hey, The precautionary Approach and the LDC, 14/04/1991.

¹⁰⁹⁸) Convención de Londres, art. 3, inc. 1; y CNUDM art. 1(5).

estudios más profundos. La práctica regional es completamente opuesta al vertimiento de materiales radiactivos, en particular en mares cerrados o semi-cerrados. Se la prohíbe en el mar Báltico, en el sud y sudeste del océano Pacífico, en el mar del Norte, y en el Atlántico Sur, entre otros.

La esencia de las normas que regulan la cuestión, tanto Londres como las convenciones regionales, concuerdan en que sin que importe el tipo de residuo que sea vertido, siempre se requiere un permiso previo emitido por la autoridad nacional respectiva. El criterio de aprobación se interesa entre otras características, por el tipo de material que se va a disponer; el lugar y el método a utilizar; los posibles impactos en la vida marina, los usos del mar, la adecuación a los criterios científicos de evaluación y la eventual existencia de alternativas.

V. Energía nuclear

La energía nuclear crea riesgos inevitables para los Estados y sus poblaciones, aun cuando decidan no utilizarla para fines no permitidos. Así quedó demostrado en Chernobyl (1986) y en Fukushima (2011). Cada Estado y su ambiente pueden ser potencialmente afectados por la posibilidad de una contaminación radiactiva, la propagación de sustancias tóxicas provenientes de la energía nuclear y las derivaciones de largo plazo para la salud por la exposición a la radiación. Para evitar o disminuir estos males el DI utiliza técnicas de regulación internacional, cooperación transfronteriza y de responsabilidad por daños.

En los primeros años de la utilización de la energía nuclear se creía que los beneficios superaban ampliamente a las desventajas. La Agencia Internacional de Energía Atómica (AIEA en mas) fue creada en 1956 con el objeto de facilitar la difusión de la energía nuclear, la cual contribuiría a “la paz, salud y prosperidad” en todo el mundo¹⁰⁹⁹. En 1977 la AG ONU reafirmó la importancia de la energía nuclear para el desarrollo económico y social, a la vez que proclamó el derecho de todos los Estados a utilizar y tener acceso a esta tecnología¹¹⁰⁰.

Por su parte, las armas nucleares gozan de un estatus de aceptación internacional provocado por ciertos Estados que las han desarrollado, auto-asumiendo el rol de “guardianes de lo permitido”. La política de no proliferación de armas nucleares (mas allá de los miembros permanentes del CS ONU y algunos aliados), se convirtió en una política de control de este tipo de armamento que a su vez no es aceptada por todos los Estados. Así, la AIEA tomó a cargo una segunda función, la de asegurar que la energía nuclear sea únicamente usada para propósitos pacíficos.¹¹⁰¹ En 1968, la política de no

¹⁰⁹⁹) Estatuto de la IAEA-AIEA, art. 3.

¹¹⁰⁰) AG ONU, Res. 32/50 (1977).

¹¹⁰¹) Estatuto AIEA, arts. II y III.

proliferación y los poderes de la AIEA fueron reforzados por el Tratado de No Proliferación Nuclear. Este documento no redujo el arsenal nuclear existente en poder de las potencias.

En una primera etapa, los ensayos nucleares se realizaban de manera completamente libre. Australia y Nueva Zelanda fracasan en 1974 en su intento de lograr que la CIJ declare ilegales los ensayos nucleares Franceses.¹¹⁰² La experiencia sufrida por estos países, sumada a la evidencia surgida posteriormente relativa sobre los efectos de largo plazo de los tests nucleares ejecutados en Australia y otras zonas, produjo la creación en 1985 de una Zona Libre de Proliferación Nuclear en el Pacífico Sur.

La Conferencia de Estocolmo de 1972 llamó a registrar las emisiones de radiactividad y a la cooperación internacional en la disposición de desechos radiactivos y su reprocesamiento¹¹⁰³. El vertimiento oceánico de desechos nucleares fue parcialmente prohibido en 1972 y suspendido definitivamente en 1983 hasta que se hicieran nuevas evaluaciones relativas a los riesgos para la salud y el ambiente. No obstante, los accidentes en tierra de reactores nucleares como el de Three Mile Island en Estados Unidos, Chernobyl en la ex- URSS o Fukushima en Japón, demostraron la enorme gravedad de los riesgos para la salud, la agricultura y el ambiente que pueden derivar de la energía nuclear, así como las limitaciones de la política internacional para contener los riesgos de catástrofes y los verdaderos costos de este tipo de energía.

Por último y en relación con el control de los riesgos nucleares, los Estados reconocen la existencia de una obligación de minimizarlos, de prevenir daños a otros Estados, y de no contaminar por radiación el medio ambiente global. Sólo los usos militares de la energía nuclear escapan a los estándares internacionalmente aceptados que regulan el transporte de sustancias radiactivas, los buques mercantes propulsados a energía nuclear y los satélites.

VI. Cambio Climático

VI.1. Problemática actual

Desde una mirada científica, los cambios climáticos han existido desde el inicio de la Tierra, debiéndose a distintas causas y produciendo en todos los casos adaptaciones sensibles de la vida en el planeta. Lo que jamás estuvo en discusión fue la continuidad de esa misma vida.

El cambio climático contemporáneo nos reconoce como actores principales. Es antropogénico, y se

¹¹⁰²) CIJ, Nuclear Test cases, Australia v. Francia, ICJ Reports 1973, p. 99 medidas precautorias; ICJ Reports 1974, p. 253 Jurisdicción. Nueva Zelanda v. Francia ICJ Reports 1973, p. 135 medidas precautorias, ICJ Reports 1974, p. 457 jurisdicción.

¹¹⁰³) Plan de Acción para el Ambiente Humano, A/Conf. 48/14/Rev. 1 Rec. 75.

vincula de manera directa con el crecimiento exponencial de los gases de efecto invernadero provocado por emisiones de distinto tipo, aunque básicamente procedentes de la combustión de combustibles fósiles. Las normas del DIA relacionadas con el cambio climático proporcionan a los Estados fundamentos legales para decidir cursos específicos de acción climática, incluida la legislación nacional. Para hacer frente al cambio climático, no sólo la legislación ambiental es prioritaria, ya que otras normas internacionales poseen igual o mayor relevancia. Baste con mencionar al derecho económico y financiero internacional o al DI de los derechos humanos.

Los Estados continúan siendo los actores más poderosos en la respuesta internacional al cambio climático. Sus posiciones de negociación están determinadas por sus intereses nacionales, aunque también influyen los demás actores internacionales (la sociedad civil, ONGs, empresas e industrias, grupos de interés, medios de comunicación) y sus equivalentes nacionales. Por lo tanto, los Estados sirven a modo de indicador de cómo se percibe y se define un problema a través de las fronteras internacionales y cuáles son las respuestas normativas que aceptan dar al problema en cuestión.

Las normas y principios del DIA referidas al cambio climático han tenido gran influencia sobre la legislación doméstica. Los objetivos, principios y reglas del DIA se han invocado formalmente como fundamentos para las normativas domésticas en varios Estados. Como ejemplos, baste citar los párrafos del Preámbulo de la Directiva de Comercio de Emisiones de la UE, el Paquete de Clima y Energía 2020 de la UE, y las Notas Explicativas de la Ley de Cambio Climático del Reino Unido (2008).

En las negociaciones multilaterales, el acuerdo diplomático entre Estados con intereses en conflicto se obtiene mediante la llamada "ambigüedad constructiva". El resultado final evidencia que las normas del DIA admiten una amplia gama de posibilidades interpretativas, proporcionando poca orientación normativa a los legisladores nacionales. Esto se manifiesta por la forma en que los gobiernos han invocado principios tales como el de equidad, o el de responsabilidades comunes pero diferenciadas, en diversas formas, basados en intereses nacionales y por lo tanto egoístas y culturalmente relativos.

VI.2. Normativa ambiental sobre cambio climático

El corpus de los tratados internacionales sobre cambio climático constituye la fuente primera. Aquí encontramos a:

- (i) la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992);

(ii) el Protocolo de Kyoto (1997, hoy en menor medida); y

(iii) el Acuerdo de París (2015).

Estos documentos proporcionan una base normativa de carácter internacional para la legislación doméstica. Los tratados contienen objetivos especificados alrededor de determinados umbrales de aumento de temperatura (2° C; 1.5° C) más allá de los cuales el cambio climático se considera inaceptablemente peligroso para un gran número de personas.

Desde la aprobación de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático¹¹⁰⁴ (CMCC en mas) en la Cumbre de la Tierra (1992), las cuestiones de justicia, equidad y derechos humanos mantienen una presencia constante a lo largo de todas las negociaciones mundiales sobre cambio climático. Surgen en Río con la aprobación de la CMCC, ciertas preguntas que continúan sin respuesta definitiva: (i) quiénes son los principales responsables del cambio climático; (ii) quiénes sufrirán mayores daños; y (iii) quiénes deberían asumir la costosa responsabilidad de enfrentarlo. Esta triple responsabilidad diferenciada es lo que Roberts y Parks llaman la "triple desigualdad: de responsabilidad, vulnerabilidad y mitigación"¹¹⁰⁵.

La CMCC reconoce la existencia del problema del cambio climático, y establece un objetivo último: lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera con el fin de impedir mayores interferencias antropogénicas. Indica que el equilibrio mencionado debe lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico continúe de manera sostenible.

Para que la aplicación de la Convención sea efectiva, se elaboran decisiones que han de ser aprobadas por los Estados parte a través del consenso. Estas decisiones se discuten y aprueban en las Conferencias de las Partes. Sus Anexos diferencian entre países desarrollados y economías en transición (Anexo I). Además se enumeran 24 Estados parte necesarios a fin de proveer apoyo financiero y técnico a las economías en transición y los países en desarrollo; ayudarles a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero; y gestionar los impactos del cambio climático (Anexo II). En segundo lugar, los Estados acordaron incorporar un Protocolo a la CMCC, conocido con el nombre de Protocolo de Kyoto (1997)¹¹⁰⁶, que impuso medidas más enérgicas y jurídicamente

¹¹⁰⁴ Adoptada en la Conferencia de Río de Janeiro 1992 sobre Ambiente y Desarrollo. Entró en vigor en 1994, y ha sido ratificada por 195 países (Partes de la Convención). Son parte todos los Estados de NNUU mas Niue, las Islas Cook y la Unión Europea. Además, la Santa Sede y Palestina son Estados observadores. Estados Unidos se retiró en 2017 a instancias de su presidente Trump.

¹¹⁰⁵ Roberts, Timmons y Parks, Bradley, *A Climate of Injustice, Global Inequality, North-South Politics, and Climate Policy*, MIT Press, Cambridge, Mass., EEUU, (2006), p.7.

¹¹⁰⁶ El Protocolo fue adoptado el 11/12/1997 en Kyoto, Japón, pero no entró en vigor hasta el 16/02/2005. En noviembre de 2009 eran 187 los estados que lo habían ratificado. Estados Unidos, que era cuando se firmó el protocolo

vinculantes. Su objetivo fue reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global. Se acordó una reducción de al menos un 5%, de las emisiones de estos gases en 2008-2012 en comparación con las emisiones de 1990. Esto no implicó que cada Estado se obligara a reducir sus emisiones de gases regulados en un 5% como mínimo. El porcentaje corresponde a un compromiso global y cada Estado ratificante establecía su propio compromiso de reducción de emisiones. En el Protocolo de Kyoto, la energía nuclear no fue incluida entre las formas de energía a considerar en los mecanismos financieros de intercambio de tecnología y emisiones, aun cuando es una energía que no genera gases de efecto invernadero.

Argentina, país en desarrollo y con aproximadamente el 0,6% del total de las emisiones mundiales, no estaba obligada a cumplir las metas cuantitativas fijadas por Kyoto. No obstante, ratificó el acuerdo, incorporándolo a su derecho interno a través de la ley 25438. Su compromiso entonces consiste en reducir sus emisiones o al menos, no incrementarlas.

Los principios de equidad y de responsabilidades comunes pero diferenciadas, así como las reglas específicas de reparto de la carga y las asignaciones de objetivos del Protocolo de Kyoto, pueden verse como manifestaciones de principios equitativos en las relaciones entre Estados. El énfasis es puesto en los mecanismos basados en el mercado, y especialmente los "mecanismos de flexibilidad" que contiene el Protocolo de Kyoto, reflejando ideas normativas basadas en la mejora de la eficiencia, antes que en la ralentización del crecimiento de las sociedades desarrolladas.

En tercer lugar, el Acuerdo de París¹¹⁰⁷ fue negociado en el marco de la CMCC, durante la XXI Conferencia sobre Cambio Climático por todos los Estados miembros. Conforme su art. 2, tiene por objeto "reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza", para lo cual determina tres acciones concretas:

- (i) mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2 °C respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C, reconociendo que esto reduciría considerablemente los riesgos y efectos del cambio climático;
- (ii) aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, de un modo que no comprometa la producción de alimentos;

el mayor emisor de gases de efecto invernadero (desde 2005 es China), nunca lo ratificó.

¹¹⁰⁷) Adoptado el 12/12/2015 y abierto para firma el 22/04/2016 para celebrar el Día de la Tierra. En 2016 había sido ratificado por 97 partes, cumpliéndose la condición para la entrada en vigor (art. 21(1)) al ser ratificado por más de 55 partes que suman más del 55 por ciento de las emisiones globales de gases de efecto invernadero.

(iii) elevar las corrientes financieras a un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero.

La negociación exitosa del Acuerdo de París se logra, en parte, debido a que eliminó un sistema de objetivos nacionales legalmente vinculantes, acordados colectivamente y sistemas asociados de contabilidad internacional dirigidos al cumplimiento. De hecho, los aspectos de mitigación del Acuerdo de París fueron diseñados explícitamente con la doble intención de ser más político-facilitadores que legales-punitivos. La intención fue brindar a los Estados flexibilidad en cuanto a la elección de los objetivos nacionales y las políticas y medidas para alcanzarlos.

La mayor influencia normativa del Acuerdo de París se expresa a través de las llamadas "contribuciones determinadas a nivel nacional" de cada Estado, que se espera sean útiles para la futura normativa interna. París es básicamente, un acuerdo cimentado por compromisos voluntarios. Ningún Estado queda obligado en pie de igualdad con los demás. Cada Estado realiza el cálculo de sus emisiones conforme su propia metodología y se auto-impone objetivos para la transición energética de su economía, conforme el ritmo que considere prudente. Conforme las referidas "contribuciones determinadas nacionalmente", los Estados deben presentar en 2020 sus propuestas y actualizarlas quinquenalmente.

Al igual que el Protocolo de Kyoto (1997), el Acuerdo de París (2015) ha sido criticado por tener pocos compromisos concretos y utilizar un lenguaje vago. Sin embargo, la interrelación entre ambiente y derechos humanos así como los principios de justicia climática, se han incorporado al Acuerdo de París de cuatro maneras notables.

Primero, se incorpora por primera vez el término "justicia climática" en un acuerdo multilateral, enfatizando "(...) la importancia que tiene para algunos el concepto de justicia climática, al adoptar medidas para hacer frente al cambio climático, ..." ¹¹⁰⁸. La inclusión del concepto en el Acuerdo de París puede considerarse una forma de institucionalización temprana de normas de este carácter. La ratificación y aceptación del Acuerdo de París por los "Estados críticos" (principales potencias económicas) necesarios para abordar el cambio climático que son a su vez los mayores emisores de gases de efecto invernadero, respaldan la idea.

Segundo, se reconoce que tanto la cuestión del cambio climático como sus respuestas, están fundamentalmente vinculadas a los derechos humanos, incluidos los derechos de los pueblos indígenas y la igualdad de género. Éste es uno de los primeros tratados ambientales multilaterales con menciones expresas sobre derechos humanos. Aunque cuando al presente los derechos humanos

¹¹⁰⁸) Acuerdo de París, Preámbulo, para. 13.

no constituyen un aspecto primordial de la concepción global del cambio climático, ha aumentado la participación en las respuestas al cambio climático, de organizaciones como el Consejo de Derechos Humanos ONU y la Oficina del Alto Comisionado ONU para los Derechos Humanos (ACNUDH). Si bien el Protocolo de Kyoto no menciona los derechos de los pueblos indígenas, el Acuerdo de París incluye cinco referencias, incluyendo la creación de la Plataforma de Comunidades Locales y Pueblos Indígenas. Además, se hace una mención especial a las naciones para que sigan un enfoque “basado en el país, sensible al género, participativo y totalmente transparente, teniendo en cuenta los grupos, las comunidades y los ecosistemas vulnerables ” (CMCC, art. 7(5)).

Tercero, el Acuerdo de París en su art. 8, establece un mecanismo de pérdida y daño que considera vital para abordar de manera efectiva el cambio climático. Si bien no determina sus detalles específicos de funcionamiento, el establecimiento del Mecanismo Internacional de Varsovia para Pérdidas y Daños (2013) y su inclusión formal en un acuerdo internacional es un ejemplo de la creciente relevancia de la justicia ambiental, clarificando aún más la norma y apoyando su institucionalización.

En noviembre de 2013, la Conferencia de las Partes de la CMCC¹¹⁰⁹ en su 19a sesión, estableció el Mecanismo Internacional de Varsovia para las pérdidas y los daños relacionados con las repercusiones del cambio climático, con el fin de hacer frente a las pérdidas y los daños producto del cambio climático, incluidos fenómenos extremos y graduales, ocurridos en los países en desarrollo, los cuales son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático. Son funciones del Mecanismo Internacional de Varsovia, el:

- (i) mejorar el conocimiento y la comprensión de los enfoques integrales de gestión del riesgo para hacer frente a las pérdidas y daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático;
- (ii) fortalecer el diálogo, coordinación, coherencia y sinergias entre los interesados; e
- (iii) intensificar las medidas y el apoyo, entre otras cosas respecto de la financiación, la tecnología y el fomento de la capacidad para hacer frente a las pérdidas y daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático.

Cuarto, la inclusión del concepto de “justicia climática” en el texto final del Acuerdo de París se relaciona con el tema de la diferente vulnerabilidad y los impactos contextuales del cambio climático. El marco científico del cambio climático clásico lo conceptualiza como un problema global, enfatizando que ningún país o persona resultará inmune. El marco de la justicia climática

¹¹⁰⁹ La COP es el órgano supremo de decisión de la Convención sobre el Cambio Climático. Todos los Estados Partes de la Convención están representados en la misma, que se reúne anualmente. Su sede es Bonn, Alemania.

difiere al enfatizar algo que el marco científico no resaltó: los pueblos ya desfavorecidos sufrirán mayores impactos del cambio climático y tendrán menos capacidad y recursos para adaptarse y recuperarse del daño ambiental, económico y social provocado por un clima más cálido.

El Acuerdo de París menciona la vulnerabilidad desigual del cambio climático en todo momento, lo que sugiere una transición hacia una concepción menos global y más contextual del cambio climático. Por ejemplo, reconoce en su Preámbulo "las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático"; también que las economías en desarrollo serán "las más afectadas por los impactos de las medidas de respuesta" (art. 4(15)); luego aclara que a pesar que la adaptación es un objetivo global, es importante tener en cuenta "las necesidades urgentes e inmediatas" de los países más vulnerables, "grupos vulnerables, comunidades y ecosistemas" (art. 7); y finalmente prioriza la asistencia a los países más vulnerables, incluidos los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares, (art. 9(4) art. 11(1), CMCC 2015).

En la adopción del Acuerdo de París, las cuestiones presentes de justicia, derechos humanos, igualdad de género, derechos indígenas y vulnerabilidad, deben considerarse para desarrollar respuestas políticas efectivas. A partir de este documento, tales conceptos devienen fundamentales en la definición del problema del cambio climático.

Finalmente, la concepción del cambio climático ha ayudado a que los Estados y la sociedad civil transiten el camino que va desde la interpretación de lo que consideraban un problema científico, ambiental y global, a lo que realmente es, una cuestión relacionada con la "justicia climática", es decir, una cuestión de derechos humanos entre pueblos. El cambio climático se entiende hoy como sustancialmente relacionado con cuestiones fundamentales de justicia, porque afecta a algunas poblaciones y regiones del planeta más que a otras y contribuye a exacerbar las desigualdades sociales existentes.

Epílogo

Les prometimos no abandonar al libro y aquí estamos, juntos hasta aquí, en la última página .

Entramos al libro en el prólogo , pero entendimos que debíamos continuar nuestro acompañamiento fraterno e intelectual.

Ahora, pues, es el momento de volver la vista atrás y abrir el camino , como una ventana repleta de puertas abiertas de par en par.

Nos quedaba la copa llena y la fiesta sigue. Porque queda mucho para compartir

Nos acompañamos y abrazamos en las puertas abiertas del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario, del penal, económico, ambiental, de la integración regional y de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación junto con las necesidades del desarrollo sostenible, contemplando la protección del medio ambiente junto con las demandas de desarrollo de las naciones en contextos de integración regional y post-globalización económica .

Vemos en los días y noches cómo luce un espectáculo de luces y fuegos que se expande por cada capítulo y hoja por hoja .

Todo sucede, mientras el Derecho Internacional ha desplegado sus velas y normas por la casi totalidad de las materias, en una dinámica fertilización jurídica universal .

Nuestro itinerario tuvo un punto de partida pero la fiesta no terminó .

Desde el derecho clásico con los temas de sustentabilidad que hacen que el avión pueda volar, con los principios del eterno Newton, de Einstein y los de todos Uds. y nosotros unidos.

Luego , con los motores en marcha avanzamos con potencia al derecho de los Tratados, la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, y la inmunidad de jurisdicción estatal en un transcurrir también clásico.

Pero la realidad impacta en un mundo de turbulencias, problemas y soluciones .

Allí habitan la amenaza y el uso de la fuerza, constantes históricas del sistema internacional velando por el amparo de las víctimas de los conflictos armados y el castigo de los responsables de crímenes internacionales.

Por suerte todo está enmarcado en la solución pacífica de controversias, un oasis para buscar y recuperar las energías del derecho perdido, y hallarlo en el cuadrado de las hipotenusas perfectas de las normas.

Hay algo más. Este libro es un producto de la universidad pública argentina, que impulsa la

creatividad y la integración social.

Ahora la copa está vacía.

Nos convocamos para vernos en los próximos sueños y libros en el paraíso de nuestras bibliotecas.

Hasta pronto.

Juan Antonio Travieso

FOR AUTHOR USE ONLY

Ejercitaciones

Problema 1- *Sujetos y órganos del DIPu (Capítulos 1, 3 y 4)*

En el estado de Mexifornia, rico en petróleo, la corporación transnacional YPM (Yacimientos Petrolíferos de Mexifornia) actúa en la extracción y refinamiento del mineral desde hace 50 años. Esta sociedad fue constituida en Estados Unidos de Centroamérica y la mayoría de sus accionistas poseen nacionalidad del estado de Texacia, vecino de Mexifornia.

Desde hace menos de cinco años con la vuelta de la democracia a Mexifornia y la ratificación de instrumentos internacionales sobre DDHH, han proliferado ONGs preocupadas por el daño ambiental producido por YPM, a lo que se añade el pésimo trato lindante con lo inhumano que la transnacional brinda a sus trabajadores.

El pasado 2/11/2035, una protesta organizada por la ONG Siempre Verde en la puerta de la planta de la petrolera, tendiente a que se detenga la extracción, es fuertemente reprimida por las fuerzas de seguridad de la empresa (verdadera para-policía), generando varios cientos de heridos. Dos días después, el Director Ejecutivo de Siempre Verde y su Secretaria, ambos nacionales de Texacia son encontrados asesinados en un auto incendiado.

Se culpa inmediatamente tanto a sectores represivos estatales como a la fuerza de seguridad de la multinacional. Se decide un paro nacional y una manifestación multitudinaria en la plaza central del estado, llamada plaza Kalliopi, donde se desata otra feroz represión que arroja varios cientos de víctimas.

Frente a estos hechos:

- (i) Amnistía Internacional pretende accionar contra el estado de Mexifornia y contra la corporación transnacional YPM por violación de derechos humanos de sus habitantes.
- (ii) el estado de Texacia decide demandar a Mexifornia ante la Corte Internacional de Justicia por la muerte de dos de sus nacionales (Director y Secretaria de Siempre Verde)

Actividad. Por favor, responda justificando *normativa y jurisprudencialmente* en cada caso:

- (a) ¿posee legitimación activa Amnistía internacional para demandar y/o denunciar al Estado de Mexifornia y posee éste legitimación pasiva ?
- (b) ¿puede reclamar el Estado de Texacia por sus nacionales muertos?
- (c) si en alguno de los casos mencionados se llegara a una decisión (sentencia, laudo, etc) ¿podría ésta ejecutarse?
- (d) ¿puede el caso llegar ante algún órgano de Naciones Unidas?. Si responde afirmativamente, mencione cuál/es y en cada caso, fundamente y comente a qué tipo de solución podría llegarse incluida la posibilidad de utilizar o no la fuerza.

Documentos a utilizar

- (a) bibliografía obligatoria
- (b) Carta ONU + Estatuto de la CIJ
- (c) Casos mínimos: -Opinión Consultiva: Reparación de daños sufridos bajo servicio de ONU / -Caso Barcelona Traction / -Caso Nottebohm
- (d) Temas en juego (para buscar lecturas complementarias)

Subjetividad internacional – Nacionalidad y protección diplomática – Órganos ONU – Uso de la fuerza

Problema 2- ¿Cómo y cuánto obliga el DIPu? (Capítulos 2 , 5 y 6)

En 1912 el Rey Nicolás de Voldemort inauguró las ferias reales, y desde entonces las autoridades del Reino han permitido el paso a través de sus fronteras con la República de Azkabán de caravanas de comerciantes Azkabanos que se desplazan hacia el Reino para participar en las ferias de joyeros y artesanos que se celebran en Flocki, capital del Reino, dos veces al año. Dicha entrada ha estado sometida a una única condición: que el jefe de la caravana presente un certificado de Azkabán donde conste la nacionalidad Azkabana de los comerciantes y el destino final de los productos.

El 29/03/1994 el Reino de Voldemort y la República de Azkabán celebran un “Tratado de tráfico comercial fronterizo”, denominado “Tratado Magnum” por su impulsor el Príncipe Magnum de Voldemort, que condiciona la autorización del paso de caravanas en ambas direcciones al pago previo en frontera de un arancel del 10 % del valor de la mercancía transportada. El Tratado guarda absoluto silencio sobre el tráfico de caravanas de joyas y artesanías arriba mencionado. A pesar de ello, el paso de estas mercancías ha seguido desarrollándose bajo el régimen aplicado desde 1912.

Tras una declaración unilateral de Voldemort en el año 2001 que da por terminada la política de autorización gratuita del paso de las caravanas de joyas y artesanías, el 10/03/2001, la Guardia Real de Voldemort impide el paso de una caravana Azkabana con destino a la feria de Flocki, tras negarse el jefe de la misma a pagar el 10% del precio de la mercancía.

Actividad

De acuerdo a los hechos relatados, el presidente de Azkabán afirma que ha nacido en 1912 entre el Reino de Voldemort y Azkabán una norma internacional que regula el paso de las caravanas de joyas y artesanías. Lo contrata para que ud. lo asesore. El pago será hecho en azkabaníes moneda de curso legal y forzoso en la República, al final del curso. A este fin:

- Identifique y argumente respecto de la *naturaleza, clase y efectos* de esta norma.
- ¿Qué valor tendría para la existencia y vigencia de esta norma internacional la declaración del Gobierno de Voldemort de 2001 dando por terminada la política de autorización gratuita del paso de las caravanas Azkabanas?
- ¿Produce algún efecto el “Tratado de tráfico comercial fronterizo” de 1994 sobre la norma internacional alegada en el punto a)?

Documentos de consulta:

- Bibliografía obligatoria, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.
- Caso relativo al Templo de Preah Vihear (1962-CIJ Tailandia vs. Camboya) / Caso relativo al derecho de Paso por Territorio de la India (1960-CIJ Portugal vs. India).

Problema 3- Estados, responsabilidad y jurisdicción (Capítulos 5 y 7)

Lionel Cristiano Benedetto se desempeñó desde 1997 como jardinero en la embajada de Sudán del Sur y en la residencia personal de su embajador en Buenos Aires. El 8 de julio de 2015 sufre un accidente con la cortadora de césped y días después es despedido verbalmente, adeudándosele meses de sueldo y aportes previsionales. Ha enviado varias cartas documento y realizado denuncias en el Ministerio de Trabajo sin éxito. Concorre a consultarlo a su estudio.

Actividad

- (a) redacte un informe que contenga una opinión jurídica fundada en las normas aplicables, jurisprudencia y doctrina sobre los pasos a seguir y el eventual resultado del proceso conforme el derecho vigente en Argentina (max 3 p.). Además, conteste:
- (b) ¿puede demandar al embajador?;
- (c) ¿puede demandar al Estado de Sudán o Argentino?;
- (d) ¿puede solicitar a la justicia un embargo preventivo sobre bienes del Estado demandado?;
- (e) ¿existe responsabilidad internacional de alguno de los Estados mencionados? Fundamente.

Documentos a utilizar

- (a) bibliografía obligatoria
- (b) decreto ley 1285/58 T.O – ley 24488 y decreto reglamentario 849/1995 – Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas – Convención ONU sobre inmunidad de jurisdicción de estados – Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional por hechos internacionales ilícitos.
- (c) casos mínimos:
- Gronda c. Rep. Argentina - CSJN
 - Orden de arresto (Congo v. Bélgica)- CIJ
 - Manauta c. Embajada Fed. Rusa - CSJN
 - Fragata Libertad (Arg. v. Ghana) - TIM
- d- Temas en juego (para buscar lecturas complementarias)
- Inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros y de embajadores y cónsules – Jerarquía de normas Argentinas – Responsabilidad internacional de los Estados - Derechos humanos.

Problema 4- ¿Están los Estados obligados a tratar por igual a todas las personas? (Capítulos 10 y 12)

Antecedentes

Ubicada en el Cuerno de África, Salónica es el hogar de infames caudillos y una de las economías más pobres del mundo. Por su ubicación estratégica, fue colonizada por varias potencias extranjeras, hasta que nace la República de Salónica el 1/07/1960. En 1969, su Presidente Lalana Ali es asesinado, y tras un golpe de estado, asume un gobierno militar liderado por el General Mohamed Rabaah. Se instaura una dictadura. En Julio de 1977, Rabaah intenta anexionar la

región de Batán, bajo jurisdicción del Estado de Baraffa. Sus tropas llegan a controlar casi el 90% de Batán, pero finalmente son expulsadas por una intervención de la URSS, quien vigente la guerra fría acude en ayuda del régimen socialista de Baraffa. Entre 1977 y 1978, la guerra de Batán causa un flujo masivo de nacionales de Salónica que vivían en Batan. Salónica pide ayuda al Alto Comisionado de NNUU para los Refugiados (ACNUR), quien junto con otros actores humanitarios, proveen alimentos y servicios durante una década.

Al llegar la ayuda, funcionarios Salónicos desvían parte para beneficio personal. El régimen recluta refugiados para sus milicias y las sostiene con la ayuda internacional. El régimen de Rabaah intensifica tácticas represivas para eliminar disidentes. La guerra civil estalla en 1991, y los insurgentes toman control de la capital. Salónica queda en estado de guerra civil, con dos principales facciones armadas, una apoya al presidente Rabaah, y la otra al General Ibrahim Hayalaah. Los socorristas internacionales son forzados a decidir si permanecen o no en el país.

Caso

La huida de granjeros debido a los conflictos, originó un colapso de la producción agrícola de Salónica y la destrucción de los sistemas de riego. En 1992, las muertes por enfermedades y desnutrición crecen en forma alarmante. Los alimentos se vuelven valiosos, y aumentan los delitos. En respuesta al peligro en el territorio, EEUU evacúa al personal de su embajada en 1992.

El Programa Mundial de Alimentos y UNICEF trasladan a su personal a países vecinos. El Comité Internacional de la Cruz Roja y otras organizaciones no gubernamentales (ONGs) (incluyendo Save the Children y Médicos Sin Fronteras) continúan en el país, como única presencia humanitaria internacional. En plena guerra civil y sin autoridad central alguna, Salónica colapsa, volviéndose un “Estado fracasado”. Varios trabajadores humanitarios pierden sus vidas.

Actividad. Argumente y responda las siguientes consignas:

- (a) ¿Existe una obligación fundada en el DI de proveer asistencia humanitaria?.
 - (b) Refugiados: tomando como base un campamento de refugiados real (Kenya, Etiopía, Gaza, Jordania, Tanzania, Pakistán, Sudán del Sur, etc.):
 - b.1. ¿cómo lo califica jurídicamente? Diferencie refugiado de migrante y de desplazado interno.
 - b.2. ¿qué sujetos de DI trabajan dentro del mismo?
 - b.3. ¿está obligado el Estado de la jurisdicción donde se encuentra a aceptarlos en su territorio y/o brindarles ayuda?
- Responda en base al DI vigente.

Documentos mínimos a utilizar

- (a) Bibliografía obligatoria. Principios Rectores de los desplazamientos internos (Documento CeyS E/CN.4/1998/53/Add.2)
- (b) Página oficial ACNUR <https://www.acnur.org> .
- (c) Jurisprudencia
 - CorteIDH OC 21 (2014) Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración.
 - CorteIDH OC 18 (2003) Condición jurídica de migrantes indocumentados.
 - Caso familia Pacheco Tineo v. Estado Plurinacional de Bolivia, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9390.pdf> .

(d)Temas en juego (para buscar lecturas complementarias)

Obligaciones humanitarias internacionales – principio de no injerencia en asuntos internos - derechos y garantías de refugiados, migrantes y desplazados internos – ACNUR - Organizaciones no gubernamentales -

Problema 5- ¿Cómo y quiénes protegen al medio ambiente? (Capítulos 11 y 14)

El conflicto marítimo entre el Reino de Baum y la República de Cheverry se remonta a 1928, cuando ambos estados firmaron el Tratado de Antares, que establecía que la Costa de La Paloma e islas situadas dentro de las 56 millas marinas desde la costa pertenecerían a Cheverry, mientras que el Archipiélago de Ogham quedaría bajo soberanía del Reino de Baum (territorio ubicado más allá de las 56 millas marinas).

Sin embargo, este límite que había tomado como referencia el meridiano 82 se convirtió en motivo de controversia en 1980. Ese año, Cheverry declaró nulo el acuerdo y exigió un límite marítimo de 200 millas y la consecuente soberanía sobre Ogham, alegando que al momento de la firma del tratado no se había reconocido el límite exterior de 200 mm y que en la negociación del tratado de Antares había intervenido la Dinastía Romanov, aliada en ese entonces del Reino de Baum.

En 2001, Baum solicita a la UNESCO que el Archipiélago de Ogham fuera declarado Reserva de la Biósfera, basado en la preservación de la biodiversidad conforme el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Baum es parte de este tratado desde 1995, no así Cheverry, quien sólo lo firmó. El nombre que recibió dicha reserva fue el de Reserva de Biósfera Antares.

Finalmente, Cheverry presenta en diciembre de 2002 una demanda contra el Reino de Baum ante la Corte Internacional de Justicia, a fin de delimitar las fronteras marítimas y el reconocimiento de su soberanía sobre el archipiélago en conflicto. En su contestación, Baum consideró que la declaración de nulidad del pacto fue unilateral y, por lo tanto, violatoria del DI.

El 20/07/2007 los Estados suspenden sus relaciones diplomáticas, cuando un desfile militar celebrado por el Archiduque Carolino de Baum, es considerado una “provocación” por el presidente de Cheverry, David Rojas.

En 2010 se hace público que Cheverry ha llamado a licitación internacional para la exploración y explotación de hidrocarburos en sus aguas territoriales incluyendo parte del territorio marítimo en disputa, “presuponiendo que la Corte Internacional de Justicia dictaría sentencia a su favor”, según manifestaron los medios de prensa internacionales.

Actividad

Como es verano, la CIJ está en receso y usted no, el Secretario de la Corte, el Honorable Horacio Baruffo le solicita un informe que -al menos-, contenga su opinión jurídica fundada en las fuentes del DI general, respecto de estos temas (la actividad es ad-honorem):

- (a) determinar las cuestiones que son objeto de controversia jurídica en la demanda iniciada por la República de Cheverry contra el Reino de Baum;
- (b) los argumentos del Estado actor y el fundamento argumental de la contestación de demanda;
- (c) la posible solución al conflicto marítimo y de soberanía entre ambos Estados.

Documentos a utilizar

- (a) Bibliografía obligatoria. Carta ONU y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- (b) Informe Brundtland “Nuestro Futuro Común”.
- (c) CIJ, caso Pesquerías Noruegas - Convención ONU sobre el Derecho del Mar – Convenio sobre Diversidad Biológica – Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial y Natural.
- (d) Temas en juego (para buscar lecturas complementarias)

Límites marítimos – integridad territorial – Protección de las Reservas de Biósfera – Desarrollo Sostenible y principios ambientales– Objetivos de Desarrollo Sostenible – Cambio Climático.

Problema 6 - *¿Cómo y quiénes responden por los delitos internacionales?* (Capítulo 10)

Se necesita conformar dos grupos (Grupo A y Grupo B).

Ejercicio 1- Positivismo v. Jusnaturalismo

Se invita a los miembros del grupo A a explicar los argumentos que crean suficientes para procesar y condenar a Josef Alstoetter.

Los miembros del grupo B explican sus argumentos para absolver y/o atenuar la responsabilidad de Josef Alstoetter.

(Utilizar 3 carillas como máximo)

Ejercicio 2- Aparatos organizados de poder y autores fungibles

Hechos: transcurren en Bosnia-Herzegovina. Drazen Redovomic es un nacional de origen étnico Serbio, de 20 años de edad, que se enlistó voluntariamente en 1994 en el ejército Bosnio Serbio como mecánico de autos. En mayo de 1995, es transferido del sector de mecánicos a la infantería para revestir como soldado.

El 06/07/1995, el ejército Bosnio Serbio comienza un ataque sobre la llamada “zona segura” de Srebrenica (así llamada porque estaba neutralizada y se encontraba “protegida” por cascos azules Holandeses bajo el mando del comandante Karremans).

El ataque continuó por 5 días hasta el 11/07, día en que la primera unidad del ejército Bosnio Serbio entró en Srebrenica. El 16/07 una cantidad importante de micros llenos de musulmanes Bosnios llegan a una granja colectiva en Pilica, cerca de Srebrenica. Cada micro contiene alrededor de 70 hombres de entre 17 y 60 años de edad. Luego de cada arribo, se separa a las personas en grupos de 10 y son escoltados por militares hacia un campo adyacente a las casas de la granja y alineados en fila dando la espalda a Redovomic y los demás miembros de su unidad.

En un primer momento, Redovomic se niega a ejecutar la orden de su comandante de disparar y matar a los civiles musulmanes. Pero cuando el comandante le dice que la alternativa era que él mismo se colocara en la línea de fuego y le dispararan, Redovomic gatilla tantas veces como le fue ordenado hasta matar aproximadamente a 70 civiles. Cuando

comienza el proceso ante el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, Redovomic es procesado por estas muertes y alega como defensa la circunstancia de haber actuado bajo una imposibilidad de opción moral (llamada duress en el derecho anglosajón).

Se invita a los miembros del grupo A a enviar una argumentación individual, simulando el rol del Fiscal internacional intentando probar las razones por las cuales Redovomic no puede alegar la defensa de duress.

Se invita a los miembros del grupo B a enviar una argumentación individual, simulando el rol del Defensor, intentando probar las razones por las cuales Redovomic puede alegar y es procedente la defensa de duress.

Para ambos grupos A y B: si los hechos hubieran transcurrido enteramente en Argentina, ¿el análisis sería el mismo?.

Documentos a utilizar

(a) Bibliografía obligatoria

(b) Estatuto de Roma que establece la CPI; Normas argentinas que aceptan los delitos internacionales.

(c) Casos mínimos:

-Jurisprudencia de juicios de Núremberg

-Yamashita

-Orden de Arresto

-Tribunal Penal Internacional para Rwanda, caso Akayesu y Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, casos Tadic y Mladic.

(d) Temas en juego (para buscar lecturas complementarias)

Teorías de responsabilidad penal internacional (responsabilidad de comando y empresa criminal conjunta, aparatos organizados de poder) – Responsabilidad individual por comisión de delitos internacionales - Defensas de los procesados (inmunidad de jurisdicción, duress, obediencia debida, amnistía, indulto, etc.)

Ejercicio 3- El Caso Togo: "*Fiat Justitia Ruat Caelum*"

Togo es un país perteneciente al continente Africano con una población de 4 millones de habitantes, distribuidos en dos principales grupos étnicos o tribus denominado TUMANI (que representan al 45 por ciento de la población) y el grupo HOTTAMI (representando al 55 por ciento de la población). El principal producto exportable es el Cobalto, un mineral bastante raro que se extrae en todo el país. Desde marzo de 2008 hasta mayo de 2013, Togo fue gobernada por George Humbarty miembro de la tribu minoritaria Tumani. Humbarty fue electo Presidente a través de procedimientos democráticos.

Durante sus últimos meses en el cargo, Humbarty estaba siendo investigado por el Congreso, por la supuesta comisión de los delitos de malversación de fondos públicos. El 1 de mayo de 2013, el presidente Humbarty murió de un ataque al corazón mientras se encontraba en la cama con su amante. En ese momento, la Vicepresidente de Humbarty, Jean Erickson (también miembro de la tribu Tumani), se encontraba en Ginebra en una reunión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Según la Constitución de Togo, el vicepresidente debe asumir automáticamente la presidencia, tras la muerte del Presidente.

Unas horas después de la muerte de Humbarty, se produjo un cruento golpe de Estado, por parte de una facción militar.

El golpe de Estado fue liderado por el General Thomas Cederick (miembro de la tribu mayoritaria Hottami), quien era el ex Jefe de Estado Mayor del Ejército en la Administración Humbarty. El General Cederick se comprometió finalizar con el gobierno de facto y establecer la elección presidencial democrática, una vez que se hayan expulsado del Poder Ejecutivo a todos los funcionarios corruptos.

Los subordinados del General Cederick, inmediatamente reunieron a los funcionarios de la administración Humbarty y los sometieron a extraños métodos de interrogación, incluyendo el "submarino", con el fin de obligarlos a confesar los actos de corrupción supuestamente cometidos. Luego, el General Cederick convocó a un Tribunal Especial de Emergencia, con el fin de juzgar rápidamente a estos funcionarios. Hasta ahora, dos tercios de los ex funcionarios ejecutivos de Humbarty han sido juzgados y sentenciados por el delito de corrupción, por parte del Tribunal Especial. La organización independiente *Humans Right Watch* ha caracterizado al nombrado Tribunal Especial como "*arma política y no un verdadero tribunal*". Al día siguiente de la toma de poder, el General Cederick advirtió públicamente a la Sra. Erickson que si regresaba a Togo, ella iba a ser acusada, condenada y ejecutada por ser cómplice de los planes ilegales de Humbarty.

En los días posteriores al golpe de Estado, la señora Erickson apareció en la CNN y la BBC, y se reunió con numerosos representantes de Naciones Unidas y de gobiernos extranjeros, a los efectos de ganar apoyo para una acción internacional que logre derrocar al régimen militar, e instalarla finalmente como la presidente legítima de Togo. En sus apariciones mediáticas, instó a sus seguidores togolés a realizar una huelga y manifestarse a favor de la democracia.

El 15 de mayo de 2013, los partidarios de la Vicepresidente Erickson iniciaron una serie de huelgas laborales en las minas de Cobalto y se manifestaron en las calles de las ciudades de Togo. El 17 de junio de 2013, diez mil personas, en su mayoría miembros de la tribu Tumani, se reunieron frente al Capitolio cantando a favor de retorno a la democracia y del otorgamiento del poder a Erickson. Cientos de manifestantes estaban armados con rifles y realizaron disparos al aire.

El General Cederick ordenó al ejército togolés a eliminar a los manifestantes que se encontraban en la Plaza de Togo. Sin previo aviso, la Cuarta División Blindada del Ejército rodeó a los manifestantes y los acorraló con ametralladoras y morteros. Los manifestantes intentaron defenderse realizando algunos disparos, pero esto fue inútil. Siete mil civiles perdieron la vida en quince minutos. No hubo bajas en el ejército. Luego de semejante demostración de fuerza, ya no hubo más protestas y los mineros de Cobalto volvieron al trabajo.

Como consecuencia de la masacre, el 20 de mayo de 2013, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó una Resolución conforme al Capítulo VII y estableció un embargo internacional sobre las importaciones de cobalto y ordenó la paralización de los activos del general Cederick, que se encontraban en bancos *offshore*. Asimismo el CS de Naciones Unidas advirtió que si no le entregaban el poder al la Vicepresidente Erickson para finales de junio, se autorizaría el uso de la fuerza a favor de una coalición de Estados africanos, con el objeto de derrocar al gobierno de facto.

El 25 de mayo de 2013, General Cederick aceptó participar en las negociaciones de paz en Kinvasa (la capital de Maulitania) con la señora Erickson. El mediador es Larry Johnson, el Subsecretario General de Asuntos Jurídicos de Naciones Unidas. Según informes de prensa, el general Cederick puede estar dispuesto a ceder el poder a la señora Erickson si la ONU revoca sus sanciones, descongela sus bienes, y se compromete a no autorizar una invasión. Asimismo Cederick solicita que se le otorgue asilo en Maulitania y/ o una amnistía completa en Togo, para él y para otros militares. Las negociaciones fueron programadas para el 7 de julio de 2013.

Maulitania y Togo son parte de la Carta de las Naciones Unidas, de la Convención sobre el Genocidio, de los Convenios de Ginebra de 1949, y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Maulitania, pero no Togo, es parte en la Convención contra la Tortura. Maulitania, pero no Togo, ha reconocido la jurisdicción de Corte Penal Internacional.

Ahora nos vamos a dividir en dos grupos. Grupo A y Grupo B.

El Grupo A va a representar al General Cederick y a sus funcionarios. El objetivo del Grupo A es defender la posición del general Cederick, basándose en los hechos ficticios descritos. Deben argumentar a favor del General Cederick y su pedido de amnistía u otra forma no punitiva y del levantamiento de sanciones por parte de la ONU. Este grupo debe priorizar la paz y la transición hacia el gobierno democrático sin incidentes.



El Grupo B va a representar a Madame Erickson y a su staff en las negociaciones. El objetivo de este Grupo es que argumenten que la falta de juzgamiento de los responsables por los crímenes cometidos, sería contrario al derecho internacional. La Justicia debe realizarse, *aunque los cielos se caigan*.



Problema 7- El MERCU: La conformación de un mercado común (Capítulo 13)

(a) Tiempo de realización: tres clases, al comienzo del desarrollo temático. Los alumnos lo realizan sin poseer conocimientos académicos previos sobre la cuestión.

(b) Metodología: en grupos de no más de 6 integrantes, representando cada grupo a un Estado. Los grupos discuten entre ellos previamente sobre la posición a adoptar en el día de la Cumbre de Estados. Dos representantes de cada grupo concurrirán a la negociación general y en ella habrá un coordinador que hará las veces de Secretario General, llevará adelante la misma y redactará el Acuerdo al cual se arrije.

(c) Objetivos:

- (i) desarrollar ideas sobre los aspectos esenciales involucrados en la integración;
- (ii) ser capaz de asumir las posiciones nacionales desde una perspectiva regional;
- (iii) conocer debilidades y fortalezas, posibilidades y amenazas presentes en todo proceso integrador; y
- (iv) comparar las necesidades y circunstancias políticas, económicas y sociales percibidas por los alumnos con las que se presentan en procesos de integración reales.

Información general

Profundos cambios económicos se están desarrollando en el continente de América Latina. Varios Estados han venido negociando bajo la idea de unir sus producciones con la intención de poder sobrevivir en un mundo conformado por bloques económicos regionales. El próximo mes tendrá lugar una cumbre de Jefes de Estado, participando

representantes de la República Oriental, la República Expansiva, el Imperio Lusitano y la República de Corrientes. Estos Estados negociarán un tratado marco de integración económica.

El primer paso consiste en definir los intereses concretos de cada Estado, tema que se trata en el grupo de origen. Una vez hecho esto, conviene efectuar una escala de necesidades, priorizando aquellas cuestiones que serán objeto de pocas o nulas concesiones, dentro del marco de la negociación intergubernamental. Con este borrador de necesidades nacionales y estrategias tendientes a obtener las primeras, cada representante estatal concurre a la Reunión Cumbre.

Temas de negociación

Se inician las negociaciones a fin de arribar a un *acuerdo marco* que contemple -al menos embrionariamente- aspectos institucionales, jurídicos, económicos y sociales. En consecuencia concluida la negociación, el articulado al que se arrije deberá contemplar al menos estas cuestiones:

- a) las **instituciones** que tendrán origen.
- b) las **metas comunes** a alcanzar y el plazo.
- c) los **medios** por los cuales se alcanzarán aquellas.
- d) las **producciones** que va a estimular cada país.
- e) ciertas metas **sociales**.
- f) la **forma** de resolver disputas.
- g) la posibilidad de **adhesión** o exclusión de miembros.

Aspectos particulares de cada Estado

(a) Para los representantes de la República Oriental

Es ésta una pequeña república, casi una ciudad estado. Su economía se destaca por una importante producción pesquera (35% del PBI), siguiendo en orden de importancia los textiles y los productos alimenticios (25% del PBI cada uno). De todas formas su población es de sólo 3 millones de habitantes y su PBI llega a 50.000 millones, de lo que se deduce que es una economía estable y sana, con un ingreso per cápita muy alto y un índice de desocupación, irrelevante (4%). La mano de obra es altamente calificada.

En lo social, la educación es obligatoria durante 12 años, y la legislación obrera es prácticamente inexistente. Existe un régimen de seguridad social realmente bueno, que asiste a casi 300 mil personas, que rozan el nivel de pobreza (10% de la población).

(b) Para los representantes de la República Expansiva

Esta república sostiene intereses muy concretos en base a los recursos primarios de su territorio: minerales y hortalizas. La producción de cobre es la mas importante del mundo y conforma mas de la mitad de su economía (60% del PBI), en tanto que el sur del país se utiliza para la explotación agrícola, aprovechando las ventajas de las exportaciones contra-estación, hecho que arroja importantes dividendos (30% del PBI). De todas formas, ambas producciones no se caracterizan precisamente por necesitar una mano de obra calificada. Sus 10 millones de habitantes reflejan un alto índice de semi-analfabetismo y en parte una pobreza que roza los niveles mínimos de subsistencia -el 20% de la población reviste en la categoría de "necesidades básicas insatisfechas".-. El PBI es de 75.000 millones de dólares, en

tanto la desocupación ronda el 10%.

En el aspecto social, la educación es obligatoria durante siete años, pero en los hechos mas de la mitad de la población se ve imposibilitada de esta instrucción elemental debido a la ausencia de medios propios o públicos -necesidad de trabajar y falta de escuelas-. No existe la seguridad social y la legislación obrera es normal en cuanto a la protección brindada al trabajador.

(c) Para los representantes del Imperio Lusitano

El estado mas grande de la región, posee cifras que lo diferencian de los demás. Los datos que brindamos a continuación nos ayudarán a comprender la importancia del problema económico y social.

Su PBI cuadruplica a la República Oriental: 200.000 millones de dólares, con una población de 200 millones, lo cual arroja un ingreso per cápita de \$ 1.000 dólares anuales. Evidentemente no todos ganan lo mismo, la diferencia entre clases es notable: el 10% de la población acumula el 60% del PBI (120.000 millones para 20 millones de personas. Ingreso per cápita: u\$s 6.000).

Por otra parte, el 40% mas pobre -que se halla calificado como "necesidades básicas insatisfechas" NBI-, sólo recibe el 10% del PBI (esto significa que 80 millones de habitantes reciben 20.000 millones de dólares. Ingreso per cápita: 250 u\$s).

El resto de la población se ubica en una franja intermedia. El 30% del PBI que resta, se reparte entre el 50% de población (u\$s 60.000 millones para 100 millones de habitantes. Ingreso per capita: u\$s 600).

Estas desigualdades hacen peligrar la continuación de la misma democracia, reinstalada luego de decenios de gobiernos autoritarios, que no dieron lugar a las protestas sociales que hoy en día se suceden. La necesidad básica es la educación, desde que el analfabetismo alcanza al 50% de la población. La parte activa de la misma se dedica a labores agrícolas y ganaderas, parte esencial de la economía (45% del PBI), junto con el muy reciente desarrollo de industrias de alta tecnología en poder de la élite económica, como los semiconductores y el software (40% del PBI). No existe legislación obrera ni sistema alguno de seguridad social, lo cual es un aliciente para la radicación de capitales en la zona y no hay instrucción elemental obligatoria.

(d) Para los representantes de la República de Corrientes

Con una población cercana a los 50 millones de habitantes, y un PBI de u\$s 100.000 millones, el estado se perfila como una de las economías de mas futuro en la región.

El grueso de su producción se basa en la explotación de recursos naturales (pesca, agricultura y ganadería, en proporción de 25% cada una), en tanto hay un desarrollo incipiente de la industria informática que se lleva ya el 15% del mercado y que fomentada por el poder político, aspira a convertirse en la industria líder del país. En cuanto a lo social, la instrucción es obligatoria durante diez años, el analfabetismo no existe estadísticamente, y la mano de obra es en promedio, la mas calificada de la región. Su legislación obrera es completa y el control que de su vigencia se realiza es satisfactorio, si bien existen problemas en lo que a la seguridad social respecta.

Bibliografía por capítulos

Capítulo 1

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Buis, Emiliano, La súplica de Eris, derecho internacional, discurso normativo y restricciones de la guerra en la antigua Grecia, Eudeba, Buenos Aires, 2015.

Kolb, Robert, jus contra bellum, Le droit international relatif au maintien de la paix, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, (collection de droit international public), 2009.

Politis, Nicolas, Le problème de la paix et la Société des Nations, extrait de L'année politique française et étrangère, n° 10, Paris: Librairie Universitaire J. Gamber, 1928.

Politis, La Nouvelle Politique Internationale, Conférence faite à l'Union Coloniale, à l'intervention universitaire de Bruxelles pour la SDN, 4/ 11/ 1926.

Travieso, Juan A., Derecho Internacional Público, Abeledo Perrot, 1a. edición, Buenos Aires, Argentina, 2012.

Warren F., Kuehl, Lynne K., Dunn, Keeping the covenant: American Internationalists and the League of Nations 1920-1939, Kent Ohio, 1997.

Webgrafía

Amnesty internacional, disponible en <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/04/death-penalty-facts-and-figures-2018/> (diciembre 2018).

Agencia EFE, <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/ser-homosexual-es-delito-en-72-paises-y-8-se-castiga-con-pena-de-muerte/10004-3300997> (julio 2019).

Democracy Index elaborado anualmente por la Economist Intelligence Unit (EIU) departamentno de negocios Británico, Economist Group. Disponible en <http://www.eiu.com/home.aspx> (septiembre 2019).

Higgins, R., The role of domestic courts in the enforcement of international human rights: The United Kingdom, en B. Conforti y F. Franciani (dis.), Enforcing International Human Rights in Domestic Courts, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1997. En <http://www.uniset.ca/other/css/1978AC435.html> (julio de 2019).

Capítulo 2

Bodansky, Daniel y Crook John R., Symposium The ILC s State responsibility articles introduction and overview, The American Journal of International Law, Volumen 96.

Colmegna, Pablo D., Impacto de las normas de soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Año VI, No. 8, 2012.

Crawford, James (comp), The International Law Commission" s articles on State Responsibility, Cambridge University Press, 2002.

Derby, Daniel H., "A framework for International Criminal Law", in International Criminal Law, Bassiouni, M. Cherif (ed.), Vol. 1 Crimes.

Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., La relación entre el derecho internacional humanitario y los tribunales penales internacionales, International Review of the Red Cross, Selección de artículos, CICR, No. 861, 2006.

Higgins R., Problems and Processes: International Law and How We Use It, Clarendon Press Publications, 1995.

Kaczorowska, Alina, Public International Law, Old Bailey Press, Great Britain, third edition, 2005.

Lauterpacht, Hersch, *International Law*, vol. 1, Cambridge University Press, 1970.
 Mazuelos, Bellido Ángeles, *Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 8, 2004. Disponible en www.reei.org/.

Capítulo 3

Barboza, Julio: "Derecho Internacional Público" Editorial Zavalía. Buenos Aires, 2008, 2° edición.
 Delpech, Marcelo: "Carta de las Naciones Unidas anotada": Editorial Zavalía. Buenos Aires, 2005.
 González Napolitano, Silvina Sandra, *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Errepar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
 Naciones Unidas, *Las Naciones Unidas Hoy*. Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 2009.
 Remiro Brotons, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
 Therborn, Göran: *El Mundo, una guía para principiantes*, Editorial Oceano. México, 2012.
 Travieso, Juan Antonio, *El Derecho Internacional Público. Su ingeniería y arquitectura en el siglo XXI*, ElDial.com, Bs As. Albremática, 2016.

Capítulo 4

Asamoah, Obed Y., *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1966.
 Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalía Editor, 1a, Buenos Aires, Argentina, 1999.
 Bentham, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Dover, N.H., Longwood Press, 1970.
 Brierly, J. L., *The Law of Nations*, Waldock, 6th edition, 1963.
 Brownlie, Ian, *Basic documents on Human Rights*, 2nd edition, 1981.
 Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Oxford, UK, 1999.
 Buergenthal, Thomas y Maier Harold G., *Public International Law in a nutshell*, 7a. Reedition, United States, 1998.
 Capotorti, Francesco, *Study on the Rights of Persons belonging to ethnic, religious and linguistic Minorities*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev. I, 1979.
 Cassese, Antonio y Juvé, Un Law, *Fundamental Rights: Two Topics in International Law, Pour un droit des peuples*, Martinus Nijhoff, 1978.
 Cassese, Antonio, *International Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, UK, 2005.
 Chen, Ti-Chiang, *The International Law of recognition*, 1951.
 Chiu, Hungdah, "Book reviews and notes", *American Journal of International Law*, 82, 1988.
 Costa [1964] ECR 585, 593; *Commission v. Council* [1971] ECR 263, 274; *Kramer* [1976] ECR 1279, 1308 y *Protection of nuclear Materials* [1978] ECR 2151, 2179; *The Oxford Encyclopedia of European Community Law* (ed. A. Toth), Oxford, 1991.
 De La Guardia, Ernesto, *Derecho de los Tratados Internacionales*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1996.
Dictionnaire de la Terminologie du Droit International, Paris, Sirey, préface de J. Basdevant, 1960.
 Eagleton, Clyde, *Responsibility of states in International Law*, New York University Press, 1928.
 Evan, William, "International Codes of Conduct for Multinational Corporations", *Education, Leadership and Business ethics, Issues in Business Ethics*, US, Volume 11, 1998.

- Fitzmaurice, G., *The general principles of International Law considered from the standpoint of the rule of law*, 92 HR, 1957.
- Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, New York, 1964.
- Gowlland - Debbas, "Collective Responses to the Unilateral Declarations of Independence of Southern Rhodesia and Palestine" 61 BYIL, 1990.
- Gray, Philip C. R., *The Implementation of Integrated Sustainable Development in German Companies*, TA-Datenbank-Nachrichten, N° 2, 9. Jahrgang, 7/ 2000.
- Gunter, M., "What happened to the United Nations ministate problem?" *Amer. J. internacional" L.*, 1977.
- Halajczuk, Bohdan y Moya Domínguez María T., *Derecho Internacional Público*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978.
- Harding, Christopher, *Vingt ans apres: Rainbow Warrior, Legal Ordering, and Legal Complexity*.
- Harris, D. J., *Cases and materials on International Law*, 4th edition, London, UK, 1991.
- Haverland, Christine, *Secession*, EPIL 10, 1987.
- Higgins, R., *Development of the International Law through the political organs of the United Nations*, Oxford University Press, London, 1963.
- Higgins, R., *Problems and Process: International Law and How we use it*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1a edición, 1994.
- Hoskyns, C., *The Congo Since Independence*, Oxford, 1965.
- Jessup, Philip C., *The Palmas Island Arbitration*, AJIL 22, 1928.
- Jessup, Philip, *A modern Law of Nations*, MacMillan, 1948.
- Kelsen, Hans, *Théorie générale du droit international public*, 42 HR, 1932.
- Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965.
- Lauterpacht, Hersch, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947.
- Lauterpacht, Hersch, *International Law and human rights*, Londres, 1950.
- Lauterpacht, Hersch, *Oppenheim's International Law*, 8a. ed., Longman, Londres, 1962.
- Lopez Garrido, D., *El derecho de Asilo*, Editorial Trotta, España, 1991.
- Lopez Zamarripa Norka, "Régimen legal internacional en torno del Patrimonio Común de la Humanidad", en *Derecho y Cultura*, UNAM, México, N° 4 2001.
- Malanczuk, Peter, *Israel: status, territory and occupied territories*, EPIL II, 1995.
- Malanczuk, Peter, *Akehurst s Introduction to International Law*, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997.
- Martínez Cobo, José, *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*, UN Doc. E/CN.4/Sub.27/1983/21/Add.8, 1983.
- Mullerson, Rein A., *Human rights and the individual as subjects of international law: a Soviet view*, 1 EJIL, 1990.
- Nguyen Quoc, Dinh y otros, *Droit International Public*, P. Daillier et A. Pellet, 1977.
- O'Connell, D. P., *International Law*, 2nd edition, 1970.
- O'Connell, Mary L., *International Law and the use of force*, 2nd. Editorial Foundation Press.
- Oppenheim, *International Law*, 8th edition, 1955.
- Pastor, Ridruejo José A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 9a. editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- Perez, León Juan P., "El individuo como sujeto de Derecho Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, vol. VIII, 2008.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, *Codes of Conduct*, 1992.

Philips, Alan, Rosas Allan, The UN Minority Rights Declaration, Abo Akademi University Institute for Human Rights and Minority Rights Group, 1993.

Podestá Costa, Luis A. y Ruda, José M., Derecho Internacional Público, Tipográfica Editora Argentina S.A., Buenos Aires, 1979, 2a. reimpression de la edición actualizada, 1985.

Ranjeva, R., "Peoples and National Liberation Movements" in *International Law: Achievements and Prospects* (ed. M. Bedjaoui), Paris, 1991.

Rodoreda, Tomás J., La Santa Sede y la Ciudad del Vaticano como sujetos del derecho internacional, Centro Argentino de Estudios Internacionales CAEI, Working Paper 22, Programa de Europa, Universidad de Rosario.

Rousseau, C., Derecho Internacional Público, Ediciones Ariel, 3ª edición, Barcelona, 1966.

Saari, David J., *Global corporations and sovereign nations: collision or cooperation?*, Westport, CT Quorum Books, 1999.

Salem, David, *The People's Republic of China: International Law and Arms control*, University of Maryland, Baltimore, 1983.

Shaw, Malcolm N., "The subjects of International Law", *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003.

Siotto Pintor, M., *Les sujets du droit international autre que les États*, 41 HR, 1932.

Slomanson, William R., *Fundamental Perspectives on International Law*, 4th edition, Thomson West, USA, 2003.

Sorensen, Max, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

Verdross, Alfred y Zemanek, Karl, *Derecho Internacional Público*, traducción de Antonio Truyol y Serra, Madrid, 1967.

Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1976.

Von Glahn, G., *Law among Nations*, 7th edition, USA, 1992.

Weller, M., "The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia", 86 ATIL, 1992.

Whiteman, M., *Digest of International Law, 1963-1973*.

Wilson, H., *International Law and the Use of Force by National Liberation Movements*, Oxford, 1988.

Ydit, Meir, *Internationalised Territories*, Leiden: A. W. Sythoff, 1961.

Zemanek, K., *International organizations Treaty making power*, EPIL II, 1995.

Webgrafia

Argentina, Instituto Nacional de Asuntos Indígenas para protección y apoyo a las comunidades aborígenes y apoyo a las comunidades aborígenes. Disponible en <http://www.biotech.bioetica.org/d110.htm>

Convención sobre derechos y deberes de los Estados, art. 2, OEA, sitio web de la Organización. Disponible en www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html

Laborías, Alexis R., Subjetividad internacional de las divisiones territoriales del Estado federal. El caso de la República Argentina. *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, 01/04/2010. Disponible en www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7622.

Sitio Oficial de la Orden de Malta, <http://www.orderofmalta.int/es/orden-de-malta/>.

Stavenhagen, R., Protección de minorías, Biblioteca Jurídica, Universidad Nacional de México. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1740/12.pdf>.

Capítulo 5

August, Ray, *Public International Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, US,

- 1994.
- Bankas, Ernest K., *The State immunity controversy in International Law*, Springer Berlin, Germany, 2005.
- Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalía Editor, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Bidart Campos, Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Oxford, UK, 1990.
- Buergethal, Thomas y Maier Harold G., *Public International Law in a nutshell*, 2nd Edition, West Group, US, 1990.
- Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 4 Reimpresión, Oxford, Reino Unido, 2004.
- Diez de Velazco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe, *Cómo y cuándo demandar a un Estado extranjero*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado, Parte general*, Depalma 5^o Edición, Buenos Aires, 1970.
- Halajczu, Bohdan y Moya Domínguez María T., *Derecho Internacional Público*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1978.
- Janis, M. W. Y Noyes, J. E., *Cases and Commentary on International Law*, Second Edition, West Group, St. Paul, Minn., 2001.
- Kaczorowska, Alina, *Public International Law, Textbook*, 3rd edition, Old Bailey Press, Holborn College, London, 2005.
- Laborías, Alexis Rodrigo, *El procedimiento de comunicación entre el poder judicial y las embajadas y consulados extranjeros*, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", Año VI, Número 9, 2012.
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Introduction to International Law*, 7th revised ed. Routledge, London, UK.
- Marchionni, José M., "La división de poderes y las cuestiones políticas no justiciables", UNLP, 01/01/2005.
- Neumann, Peter, *Immunities of international organisations and alternatives remedies against the United Nations*, Seminar on State Immunity, Vienna University, 2006.
- Remiro Brotons, Antonio et al., *Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Rosatti, Horacio, *El poder judicial y la política. Las cuestiones políticas no judiciales*, "Homenaje al Dr. Carlos S. Fayt", Foro de Práctica Profesional de Abogados de Santa Fe, edición especial.
- Secuestro internacional de personas, *Discurso de apertura del curso 1968-69 por el Doctor Don Alejandro Herrero Rubio, Catedrático de Derecho internacional en la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid*. Editorial Buva, Valladolid, 1968.
- Shaw, Malcolm N., *The subjects of International Law*, International Law, 5th edition, Cambridge University Press, UK, 2003.
- Slomanson, William R., *Fundamental Perspectives on International Law*, 4th edition, Thomson West, USA, 2003.
- Tawil, Guido Santiago, *Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, LL. 2000-D, 1106.
- Travieso, Juan Antonio, *Derecho Internacional Público*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos

Aires, 2012.

Valdés, Raúl y Loaeza, Tovar Enrique, *Derecho Diplomático y Tratados*, Acervo Histórico Diplomático, Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 1993.

Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1976.

Webgrafía

Achebe, Ifeanyi, The Act of State Doctrine and Foreign Sovereign Immunities Act of 1976: Can They Coexist?, *Maryland Journal of International Law*, Volume 13 | Issue 2, Article 4, 03/08/2013. Disponible en <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1408&context=mjil>

Araujo, Facundo M. y Torres, María Carolina, Apostillas a la problemática de la prórroga de jurisdicción en tribunales extranjeros o arbitrales en materia de deuda soberana, Infojus, Doctrina, Disponible en www.infojus.com.ar

González Napolitano, Silvina S, Evolución de la Jurisprudencia Argentina en Materia de Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros. Disponible en <http://rincondelfallo.blogspot.com.ar/2011/05/evolucion-de-la-jurisprudencia.html>

Rosatti, Horacio, La Inconsistencia del CIADI como régimen jurisdiccional Internacional, Reflexiones a partir del caso argentino. Disponible en http://www.eclac.cl/dmi/noticias/noticias/2/41152/Horacio_Rosatti.pdf

Zenere, Yanina Ruth, La Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus órganos, *Revista Electrónica Cordobesa de derecho internacional público*, Año I N° I, 04/04/2008.

Capítulo 6

Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalia, Buenos Aires, 1999.

Brotóns, Antonio Remiro, *Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1987.

Travieso, Juan Antonio, *Derecho Internacional Público*, 1ra edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

Capítulo 7

Abi Saab, G., The Concept of “International Crimes” and its Place in Contemporary International Law, J. Weiler, M. Spinedi, y A. Cassese (eds.), *International Crimes of State: a Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility*, W. de Gruyter, Berlin/New York, 1989.

Bodansky, Daniel y Crook, John R., Symposium: The ILC’s State responsibility articles introduction and overview, *The American Journal of International Law*.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Oxford, UK, 1990.

Combacau, Jean y Sur, Serge, *Droit International Public*, 12 edición, LGDJ, Lextenso, Issy les Moulineaux, Francia, 2016.

Crawford, J., Pellet, A., and Olleson S. (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010.

Crawford, James, *The International Law Commission's articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002.

Derby, Daniel H., A framework for International Criminal Law, in *International Criminal Law*, Bassiouni, M. Cherif editor.

Kaczorowska, Alina, *Public International Law*, 3rd edition, Old Bailey Press, London, 2005.

Malanczuk, Peter, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7th revised ed. Routledge, London, UK, 1997.

Nino, Carlos S., *El Castigo como Respuesta a las Violaciones a los Derechos Humanos: Una*

Perspectiva Global, Título original: "Punishment as a Response to Human Rights Violations", publicado en *Radical Evil on Trial*, Carlos Santiago Nino, Yale University Press, New Haven y Londres, 1996.

Spinedi, Marina and Simma, Bruno, United Nations codification of state responsibility, Oceana Publications, New York, 1987.

Capítulo 8

United Nations Peacekeeping Operations, Principles and Guidelines. Disponible en https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/capstone_eng_0.pdf (Septiembre 2019).

Capítulo 9

Barboza, Julio, Derecho Internacional Público, Zavalía Editor, 1 Ed., Buenos Aires, 1999.

Caputo Dante, nota diario Perfil, edición 25/02/2012.

Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales CARI, Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur, Buenos Aires, 1983.

Kalliopi K. Koufa, Special Rapporteur, Terrorism and human rights Final report, Specific Human Rights Issues: new priorities, in particular terrorism and counter terrorism.Doc E/CN.4/Sub.2/2004/40, 25/06/2004.

Martínez Cobo, José, Study of the problem of discrimination against indigenous populations, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, 1983.

Murphy, Sean D., The Doctrine of Preemptive Self-Defense, 50 Vill. L. Rev. 699, 2005.

Philips, Alan, Rosas, Allan (eds.), The UN Minority Rights Declaration, Abo Akademi University Institute for Human Rights and Minority Rights Group, 1993.

Webgrafia

Anthony, C., International Law and the Preemptive Use of Military Force, 2003. Disponible en https://www.cfr.org/content/publications/.../03spring_arend.pdf (Enero 2019)

Esquivel, Luis Eduardo, Legítima Defensa Preventiva en el Derecho Internacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Tesina N° 628 Tutor: Norma B. Bruno, Universidad de Belgrano, Departamento de Investigaciones, 12/02/2014. Disponible en http://repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/5765/628_Esquivel.pdf?sequence=1&isAllowed=y (abril 2019)

Murphy, Sean D., The Doctrine of Preemptive Self-Defense, 50 Vill. L. Rev. 699, 2005. Disponible en <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol50/iss3/9> (abril 2019).

Capítulo 10

Cassese, Antonio, International Law, Oxford University Press, US, 2004.

Dinstein, Yoram, The distinctions between war crimes and crimes against peace, War crimes in International Law, ed. by Yoram Dinstein and Mala Tabory. Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1996.

Gellner, Ernest, Nations and Nationalism, Alianza Editorial, 2008.

Kalshoven, Frits y Zegveld, Liesbeth, Restricciones en la conducción de la Guerra, Introducción al derecho internacional humanitario, CICR, Buenos Aires, 2003.

Mackintosh, Kate, Humanitarian Policy Group, The Principles of Humanitarian Action in International Humanitarian Law, HPG Report 5, 5/ 2000.

McAuliffe de Guzmán, Margaret, The road from Rome: the developing Law of crimes against Humanity, Human Rights Quarterly, vol. 22, N° 2, The Johns Hopkins University Press, 2000.

Merle, et Vitu, Droit Penal General, Paris, Cujas, 8ème edition, 1992.

Pictet, Jean, Comentarios a los Convenios de Ginebra, CICR, 1958.

Pictet, Jean, Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario, Curso del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo, Universidad Robert Schuman, 1982.

Theodor, Meron, The Humanization of Humanitarian Law, The American Society of International Law, American Journal of International Law, April, 2000.

Webgrafía

Los Convenios de Ginebra: piedra angular del derecho internacional humanitario, 2/ 01/ 2009. Disponible en /www.icrc.org

Capítulo 11

Abramovich, V., & Courtis, C., Derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002.

Alfonso Mellado, C.A., Jimena Quesada, L. & Salcedo Beltrán, C.: La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica, Bomarzo, Albacete, 2014.

Bantekas, I. Nash, S., International Criminal Law, Third Edition, London, Routledge Cavendish, 2007.

Barboza, J., Derecho Internacional Público, 2ª Edición, El individuo en el derecho internacional, Zavalia, Buenos Aires, 2008.

Bariffi, F., El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

Bariffi, F., Human Rights and Disability Reinterpreting Disability within the OAS in Light of the CRPD" in Disability Law and Policy: An Analysis of the UN Convention, Quinn & O'mahony (Ed.), Dublin, 2017.

Bassiouni, C. M., Derecho Penal Internacional, Tecnos, Madrid, 1984.

Bassiouni, C. M., International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes, Law and Contemporary Problems, 1996.

Bassouni, M. C. & Schabas, W., New challenges for the UN human rights machinery: what future for the UN treaty body system and the Human Rights Council procedures?, Cambridge Intersentia, 2011.

Bazán, V. & Jimena Quesada, L., Derechos económicos, sociales y culturales. Cómo se protegen en América latina y en Europa, Astrea, Buenos Aires, 2014.

Bonet Pérez, J., & Alija Fernández, R.A., El control de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos: realidad y límites. Una aproximación a la labor de los órganos de expertos desde la perspectiva de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, Barcelona, Atelier, 2016.

Bou Franch, V. & Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2ª Edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

Conklin, W. E., The Peremptory Norms of the International Community, European Journal of International Law, 2012.

De Asís Roig, R., Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Dykinson, Madrid, 2000.

Escobar Hernández, C., La Protección Internacional de los Derechos Humanos, Instituciones de Derecho Internacional Público, Coord. Diez de Velasco, 15ª edición, Tecnos, Madrid.

Escobar Roca, G. (Dir.): Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

Gaddis, J. L., The Cold War, Penguin, London, 2011.

García Ninet, J.I. (Dir.): El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y

de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014, Ariel, Barcelona, 2014.

Gómez del Prado, J. L., *Extra-conventional protection of human rights, International Human Rights Law in a Global Context*, 2006.

Gomez Isa, F., *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and Its Optional Protocol, International Human Rights Law in a Global Context*, 2009.

Jimensa Quesada, L. (Coord.): *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Jimensa Quesada, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Leao, R.Z.R., *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Nuria Fabris Editoria, Porto Alegre, 2009.

Leckie, S., *The Inter-State Complaint Procedure in International Human Rights Law: Hopeful Prospects or Wishful Thinking?*, *Human Rights Quarterly*, 1988.

López López, J., y otros (Coords.), *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Albacete, Bomarzo, 2011.

Mariño Menéndez, Fernando, *Derecho Internacional Público*, Parte General, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2005.

Mariño Menéndez, Fernando, *The Convention Against Torture and its Optional Protocol*, in *International Human Rights Law in a Global Context*, Gomez Isa, F. & Feyter K., (Eds.), University of Deusto, Bilbao, 2009.

Masala, P. (Ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, CEPC, 2018.

Meron, T., *Human rights and humanitarian norms as customary law*, Oxford University Press, 1989.

Molinero, N. A., *The International Convention on Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the evolution of the concept of racial discrimination*, in *International Human Rights Law in a Global Context*, Gómez Isa, F. & De Feyter, K. (Eds.), Bilbao: University of Deusto, 2009.

Noguera Fernández, A. & Guamán Hernández, A., *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

Nowak, M., *Introducción el régimen internacional de los derechos humanos*, Universidad de Buenos Aires, 1ª Edición, Buenos Aires, 2009.

Obieta Chalbaud. J. A., *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Colección Ciencias jurídicas, Tecnos, Madrid, 1985.

Palacios, A., Bariffi, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.

Pinker, S., *Enlightenment now the case for reason, science, humanism and progress*, Penguin, London, 2019.

Quirke, S., *Exploring Religion in Ancient Egypt*. West Sussex: Wiley Blackwell, 2015.

Ruipérez Alamillo, J., *La necesidad de constitucionalizar como "fundamentales" algunos derechos atinentes a la dignidad de la persona. El derecho a una vivienda digna*, Andavira, Santiago de Compostela, 2017.

Salcedo Beltrán, C., *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Bomarzo, Albacete, 2014.

Salmon, E. S., *La protección de los derechos de la mujer en el Sistema Universal de Derechos*

Humanos, en *Entre la Teoría y la Práctica: Nuevas Perspectivas sobre los Derechos Humanos de la Mujer*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.

Tajadura Tejada, J., *Los principios rectores de la política social y económica*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004.

Terol Becerra, M.J. & Jimena Quesada, L., *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Terol Becerra, M.J. & Adnane Rkioua, A., *Constitución financiera y constitución social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Terrádez Salom, D., *La Carta Social Europea en el orden constitucional español*, Sevilla, Athenaica, 2018.

Tojo, L. & Elizalde, P., *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, Steiner, C. & Uribe, P. (Eds.), Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, México, 2014.

Travieso, Juan Antonio, *Derechos Humanos y Jurisprudencia*, Eudeba, Bs As Argentina, 2010.

Valdéz Dal-Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.

Van Boven, T. C., *Distinguishing Criteria of Human Rights*, in *The International Dimensions of Human Rights*, VASAK, K. & ALSTON, P. (Eds.), Greenwood Press, UNESCO, 1982.

Van der Vyver, J. D., *Torture as a Crime Under International Law*, *Albany Law Review*, Vol. 67, 2003-2004

Villán Durán, C., *La Declaración Universal de Derechos Humanos en la Práctica de las Naciones Unidas*, en *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal*, Blanc Altemir, A. (Editor), Tecnos, Madrid, 2001.

Von Bogdandy, A. et alii, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Mexico, 2011.

Wasserstrom, J. N., Grandin, G. Hunt, L. & Young, M., *Human Rights and Revolutions*, 2nd Ed, Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2007.

Werle, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

Revistas

AA.VV.: *La Carta Social Europea*, Monográfico de Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, n° 137, 2018.

Bariffi, F., *Sobre la Universalidad de los Derechos Humanos: ¿Universalidad o Universalismo?*, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco*, 2003.

Bariffi, F., *El principio de la jurisdicción universal a la luz del carácter jus cogens de ciertos crímenes internacionales*, *Revista de la Universidad Católica Argentina "El Derecho"*, 18/ 5/ 2006.

Bariffi, F., *La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 13, Edición Especial, 2019.

Gros Espiell, H., *La Declaración Americana: Raíces conceptuales y políticas en la historia de la filosofía y el derecho americana*, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, 1989.

Nikken, P., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* Nro. 72, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1989.

Nikken, P., *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 52, 2010.

Santiago, A. y Ferrari, G., Los derechos humanos en la tradición jurídica americana, *Revista El Derecho*, N° 14.427, año LVI, 2018.

Webgrafía

Directory of Special Procedures Mandates Holders:
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/VisualDirectoryNovember2018_en.pdf

Folleto del ACNUDH: Trabajo para sus derechos. Disponible en
https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/Leaflet_english_web.pdf (08/08/19).

Guía informal preparada por la Secretaría, a la atención de los Estados Partes, sobre los procedimientos relativos al examen de comunicaciones individuales por los órganos de tratados. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/NoteStatesParties_SP.pdf

How to Follow Up on United Nations Human Rights Recommendations: A Practical Guide for Civil Society, Office of the High Commissioner for Human Rights. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/AboutUs/CivilSociety/HowtoFollowUNHRRRecommendations.pdf>

Jean-Bernard, Marie, United Nations Commission on Human Rights, *Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Encyclopedia.com, 4/ 7/ 2019. Disponible en <https://www.encyclopedia.com>

National Mechanisms for Reporting and Follow-up: A Practical Guide to Effective State Engagement with International Human Rights Mechanisms, United Nations High Commissioner for Human Rights, HR/PUB/16/1, 2016. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_16_1_NMRF_PracticalGuide.pdf

Jimena Quesada, L., Sistema europeo de derechos humanos, Universidad Nacional de la Plata, 2017. Disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/sistema-europeo-de-derechos-humanos.pdf>

Reporting to the United Nations Human Rights Treaty Bodies Training Guide, United Nations High Commissioner for Human Rights, HR/P/PT/20 (Part I), 2017. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Publications/PTS20_HRTB_Training_Guide_PartI.pdf

Working with the United Nations Human Rights Programme: A Handbook for Civil Society, United Nations High Commissioner for Human Rights, HR/PUB/06/10/Rev.1, 2008. Disponible en https://www.ohchr.org/EN/AboutUs/CivilSociety/Documents/Handbook_en.pdf

Review of Lex Laval, Report of the Inquiry on the Posting of Foreign Workers to Sweden, Statens Offentliga Utredningar, Stockholm, 9/ 2015. Disponible en: <http://www.government.se/legal-documents/2015/09/sou-201583-summary/>

Capítulo 12

Arroyo Martínez, I., *Compendio de Derecho Marítimo*, Madrid: Tecnos, 2002.
 Barboza Julio, *Derecho Internacional Público*, Ed. Zavala, 2006.

Cervera Pery, J., *El derecho del mar. Evolución, contenidos, perspectivas* (de las Bulas Papales al Convenio de Jamaica), Madrid: Editorial Naval, 1992.

Birnie, Patricia W. y Boyle, Alan, *International law and the environment*. Oxford, Clarendon Press, United Kingdom, 1995.

Centre d' Etudes et de Recherches sur le Droit des Activités Maritimes. Université de Nice-Sophia Antipolis; Espaces et Ressources Maritimes, Espaces et ressources maritimes, Paris, France, Editions Pedone, 1993.

Orrego Vicuña, Francisco, *La Zona Económica Exclusiva: Una perspectiva latinoamericana*. Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982.

Orrego Vicuña, Francisco y Frigoín Barrenne, Jeannete, *La aplicación de la zona económica*

exclusiva y el régimen de pesca. Una visión científica y técnica. Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1982.

Capítulo 13

Cooper, Richard, Is there a need for reform?, *The International Monetary System: forty years after Bretton Woods. Proceedings of a Conference Held at Bretton Woods, New Hampshire*, 1984.

Gilpin, Robert, *The Political Economy of International Relations*, Princeton University Press, NJ, USA.

Heilbroner, Robert L., *The Nature and Logic of Capitalism*, New York: WW Norton, 1985.

Webgrafía

Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, Opinión Consultiva No. 1/2007, solicitada por la Jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, Magistrada María Angélica Calvo, vía la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, 21/12/2006. Disponible en <https://www.mercosur.int/institucional/solucion-controversias/opiniones-consultivas/>

Capítulo 14

Birmie, Patricia W. y Boyle, Alan E., *International Law and the environment*, Clarendon Press, Oxford, United Kingdom, 1992, reimpresión 1995.

Boven, Theo, *The relation between Peoples' rights and Human rights in the African Charter*, *Human Rights Law Journal*, 1986.

Brown, Weiss, *In fairness to future generations*, Dobbs Ferry, New York, 1989.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Oxford, UK, 1990.

Lammers, J. G., *Pollution of International Watercourses: A Search for Substantive Rules and Principles of Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, The Netherlands, 1984.

Lester, A. P., *River pollution in International law*, *American Journal of International Law*, 1963.

Meadows, Donella H., Meadows, Dennis L., Randers Jørgen, *Resumen Ejecutivo de Mas allá de los límites*, Earthscan, UK, 1992.

Nonna, Silvia, *Manual de recursos naturales y derecho ambiental*, 1º edición, Estudio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019.

OCDE y el ambiente, OECD DAC, *Paris Declaration Action Plans*, Paris, 1986.

PNUMA, *Proyecto de Principios de Conducta en el campo del medio ambiente para orientar a los Estados en la conservación y la explotación de los recursos naturales compartidos por dos o más Estados*, Nairobi, 19/05/1978.

PNUMA, *Guías y Principios de derecho ambiental*, Decisión 14/30 del Consejo de Gobierno del PNUMA, 17/06/1987.

PNUMA/OMM, *Panel intergubernamental sobre Cambio Climático, Scientific Assessment of Climate Change, Potential Impacts of Climate Change*, 1990.

Reporte de la Conferencia ONU sobre el Agua, Mar del Plata, 14-25/03/1977, II Yearbook ILC, 1986.

Roberts, Timmons y Parks, Bradley, *A Climate of Injustice, Global Inequality, North-South Politics, and Climate Policy*, MIT Press, Cambridge, Mass., EEUU, 2006.

Séptimo Programa de Medio Ambiente de la Unión Europea, y la propuesta de Decisión relativa al Programa General de Medio Ambiente de la Unión hasta 2020: Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta, COM (2012) 710 final, Bruselas, 29/11/2012.

Smith, *State Responsibility and the Marine Environment*, Oxford, 1988.

Soussan, J.G., Sustainable development, Archibugi, F. and Nijkamp, P. (eds.), *Economy and ecology: towards sustainable development*, Kluwer, Academic Publishers, Dordrecht, 1992.

Webgrafía

Barstow Magraw, Daniel, Louis B., Sohn, Architect of the Modern International Legal System, *Harvard International Law Journal*, Volume 48, 2007. Disponible en http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2010/09/HILJ_48-1_Magraw.pdf

CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros (Hungria v. Eslovaquia)*, 25/09/1997, disponible en <https://www.dipublico.org/cij/doc/107.pdf>

ICJ, *Reports 1969*. Disponible en www.icj-cij.org/docket/files/51/5535.pdf

CPJI, *Case Relating to the Diversion of the Water From the Meuse, (Series A/B No 70 - Series C No 8I)*. Judgment of 28/06/1937. *The Netherlands v. Belgium*. Disponible en <http://www.internationalwaterlaw.org/cases/meuse.html>

CIJ, *Caso de las Plantas de Celulosa sobre el río Uruguay*, 20/04/2010. Disponible en <https://www.icj-cij.org/en/case/135>

Cubides Cárdenas, Jaime, Fajardo Rico, Antonio, Gordillo Pinzón y Dayana, Andrea, *Tribunal Internacional Ambiental y Responsabilidad de los Estados por Daños al Medioambiente: ¿una idea utópica?*, *Revista Jus Público*, Universidad Católica de Colombia, No. 24, 2018. Disponible en <https://hdl.handle.net/10983/20297> a septiembre de 2019.

FOR AUTHOR USE ONLY

FOR AUTHOR USE ONLY

FOR AUTHOR USE ONLY

**More
Books!**



yes
I want morebooks!

Buy your books fast and straightforward online - at one of world's fastest growing online book stores! Environmentally sound due to Print-on-Demand technologies.

Buy your books online at
www.morebooks.shop

¡Compre sus libros rápido y directo en internet, en una de las librerías en línea con mayor crecimiento en el mundo! Producción que protege el medio ambiente a través de las tecnologías de impresión bajo demanda.

Compre sus libros online en
www.morebooks.shop

KS OmniScriptum Publishing
Brivibas gatve 197
LV-1039 Riga, Latvia
Telefax: +371 686 20455

info@omniscryptum.com
www.omniscryptum.com

OMNIScriptum



FOR AUTHOR USE ONLY